



في الأَسْوَالِ

المنقولات والمقارنات ، الملكية على اختلاف أنواعها .
الحقوق العينية العقارية والمنقولة المختلفة . وسائل اكتساب الحقوق العينية .
وضع اليد والتقادم . الشفعة وأحكامها . شرح قانون التسجيل
الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ . الخ

تأليف
الدكتور عبد السلام هني بك

مدرس القانون المدني بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
دكتور في الحقوق (العلوم القانونية ، والعلوم السياسية والاقتصادية)
محام لدى محاكم الاستئناف

الجزء الثاني

﴿ كافة الحقوق محفوظة للمؤلف ﴾

مطبعة الاعتماد بشارع حسن الكبريت

١٣٤٤ هـ - ١٩٢٦ م

الحاضر لم تنتقل اليه اليد بمعرفة ورضاء يد الاول . بل هو وضع يده بمحض ارادته على غير سبق اتفاق وتراض ودون أن يكون بين الاثنين رباط قانوني ملزم . ولما تنازعا في اليد وأى اليدين أصبح من الاخرى قضى للثاني دون الاول . والقضاء بصحة يد تقي لصحة اليد الاخرى^(١)

٣. — واذا فرض وجاء واضع اليد وباع العقار تحت شرط فاسخ ، أى يفسخ العقد اذا لم يدفع له المشتري الثمن . واستلم المشتري العقار ووضع يده عليه زماناً . ثم لما لم يدفع الثمن فسخ العقد ورد العقار الى البائع واستلمه هذا الاخير . اذا حصل ذلك وجاء المالك الحقيقي^(٢) ورفع دعوى تثبيت الملكية على واضع اليد الحاضر فهل يجوز لواضع اليد هذا أن يضم الى وضع يده الحاضر مدة وضع يد المشتري منه أثناء تحقق شرط الفسخ ؟ يجوز ذلك لانه بتحقيق الشرط يرجع العقار للبائع ويؤول كل ما ترتب على عقد البيع . بمعنى أن البائع يعتبر أنه لم يزل واضعاً يده ، وأن يد المشتري كانت يداً نيابية عن البائع . وذلك كله يرجع للآثر الرجعي لنظرية الشرط الفاسخ^(٣)

٤. — واذا فرض أن زيدا غاصب لعقار ، ثم جاء وقرر حق انتفاع عليه بكر ، وجاء المالك الحقيقي ورفع دعوى طلب فيها تثبيت ملكيته للعقار ، فدفع بكر المنتفع الدعوى بالتقادم وضم الى مدته مدة من ملكه حق الانتفاع وهو زيد ، صح هذا الدفع لان بكر أخلف زيد ، ولأن زيدا قد سبق له ووضع يده أيضاً على العقار باعتباره مالكا له ، أى مالكا لحق الرقبة التي احتفظ بها ولحق المنفعة التي تنازل عنها الى بكر

٥. — واذا كانت للمالك واحد قطعاً أرض وقرر لاحدهما على الاخرى ارتفاعات وهما في يده ثم باعهما الى شخصين ، فلا يجوز لصاحب الارض المرتفعة

Verus dominus (٢)

(١) كابنان ص ٨٩٢

(٣) الالتزامات ص ٥٧١ ن ٦٠١ وما بعدها

عند حساب مدة التقادم أن يضم الى مدته مدة مملكه ، لان حالة الارتفاق هذه ليست ارتفاقاً بالمعنى القانوني عند ما كانت القطعتان تحت يد مالك واحد ، اذ القاعدة المعروفة أنه لا يجوز أن يكون للانسان ارتفاق على ملكه ^(١)

٦. — هذه هي الآراء التي يمكن أن يقال في مثل هذا الصدد . ولقد سبق للرومان ان أبلوا في حل هذه المسائل المختلفة بلاء حسناً وكانت عدتهم فيها المنطق والعدالة ، كما أيد ذلك بحق المشرع الروماني سيقولوا ^(٢)

وبناء على ذلك لا نرى أن التعميم بالمادة المصرية في محله . وكذلك التخصيص بالمادة الفرنسية ليس في محله أيضاً . وانما محل الضم كلما وجدت رابطة قانونية بين الشاغل السابق للعقار والشاغل الحاضر له

هذا وفوق ما تقدم فإن المادة ١٠٤/٧٨ مدني و٢٢٣٤ تقرر ما يأتي : « من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة وكان واضعاً يده عليها في الحال فالمتوسط بين المدتين يعتبر وضع يده ما لم يثبت ما ينافي ذلك »

٤-٣ الشرط الثالث : قطع التقادم

٣٩١ - قطع المدة في التقادم ^(٣) الاعمال تقضى على المدة السابقة عليها وتجعلها في حساب مدة التقادم كأنها لم تكن . أو هي الاعمال التي تبطل مفعول وضع اليد الصحيح الممهد لامتلاك بالتقادم ^(٤) لأن وضع اليد الذي يتمكن به الشاغل للعقار من التملك بالتقادم هو ما لم تعتوره مطالبة بالعقار من جانب المالك الحقيقي . ويوجد نوطان لقطع التقادم : قطع طبيعي ^(٥) وهو ما يحصل بسبب عدم وضع اليد ، و قطع مدني ^(٦) وهو ما يحصل بالمطالبة بالعقار بمعرفة المالك (المادة ٢٢٤٢ فرنسي وهي عامة) وسواء كان القطع طبيعياً أو مدنياً فإن الأثر فيهما واحد وهو جعل المدة السابقة عليه في حكم الزوال وكأن لا

(١) استئناف ٦ يونيو سنة ٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٧٨ عدد ٣٦٦

(٢) Scévola (٣) Interruption (٤) كابتان ص ٨٩٢

(٥) Int. naturelle (٦) Int. civile

مفعول لها . ويجوز بوجه عام لواضع اليد أن يعيد يده من جديد بمدة جديدة تمهيداً لتقادم جديد لا تبتدئ مدته الا من وقت حيازته للعقار حيازة جديدة ما دام أن المدة السابقة قد ضاعت عليه . وفى ذلك تقول المادة ٨١/ ١٠٩ مدنى وليس لها مثيل بالقانون الفرنسى ما يأتى : « اذا انقطع التوالى فى وضع اليد فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه »

وأسباب القطع طبيعياً كان أو مدنياً واردة بالمادة ٨٢/ ١١٠ مدنى على سبيل المحصر لا على سبيل التمثيل^(١)

٣٦٢ - ١) القطع الطبيعى : وهو الضياع الفعلى لوضع اليد الشاغل للعقار . وتقول فى ذلك المادة ٨٢/ ١١٠ مدنى بالفقرة الاولى ما يأتى : « تنقطع المدة المقررة للملك بوضع اليد اذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى » وتقول المادة ٢٢٤٣ الفرنسية المقابلة لها ما يأتى : « يعتبر أن هناك قطعاً طبيعياً اذا حرم واضع اليد مدة أكثر من سنة من الانتفاع بالشيء ، اما بسبب المالك القديم أو بسبب فعل الغير » وهذه العبارة « مدة أكثر من سنة » لم ترد بالمادة المصرية ، وفى ورودها بالمادة الفرنسية اشارة الى المادة ٢٣ مرافعات فرنسى التى اشترطت فى قبول رفع دعاوى منع التعرض أن ترفع هذه الدعاوى فى ظرف السنة التى حصل فيها التعرض ، وبشرط أن يكون قد مضى على اضع اليد سنة أيضاً . أى لا بد من اثبات مضى سنة على وضع يد الشاغل للعقار ، وأن لا يكون قد مضت سنة على التعرض من وقت حصوله . فمن وضع يده أقل من سنة وحصل له تعرض لا تقبل منه دعوى التعرض . ومن وضع يده سنة وحصل له تعرض ورفع الدعوى بعد مرور سنة على التعرض ، فلا تقبل دعوى التعرض . فكأن دعوى منع التعرض تسقط بمضى سنة من وقت حصول التعرض ، ولا تقبل اذا

(١) مصر ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ر ١ ، ٢٤ ص ٩٤ عدد ٥٦ ، مرجع ص ٤٠٠ ن ١٤٧٣ — عكس ذلك مناهج جزئى ٢ مايو سنة ١٩٢٢ ح ٩ ص ١٤٩ ، مرجع ص ٣٩٩ ن ١٤٦٩ وهذا الرأى الأخير غير صحيح

كانت مدة وضع يد المدعى أقل من سنة . أما الشارع المصرى فقد قرر سنة ١٨٧٥ بالمادة ٢٩ مرافعات المختلط المعدلة بقانون رقم ٢٣ سنة ١٩١٣ بالفقرة الرابعة منها بأن دعاوى وضع اليد لا تقبل الا بمن مضت على يده سنة ، وأن ترفع الدعوى في ظرف سنة من وقت التعرض ، وهو نفس مانص عليه الشارع الفرنسى . ولكن الشارع الاهلى قرر بالمادة ٢٦ بالفقرة الثالثة مرافعات المقابلة للمادة ٢٩ المختلطة بضرورة رفع دعوى التعرض في ظرف سنة من وقت التعرض ، ولم يشترط كما اشترط القانون الفرنسى والمختلط أن يكون قد مضت سنة على وضع يد المدعى . فالقوانين الثلاثة متفقة على ضرورة رفع دعوى منع التعرض في ظرف سنة من وقت التعرض . واتفق منهما اثنان الفرنسى والمختلط ، على ضم شرط أن وهو سبق مضى سنة على رافع الدعوى . وانا لا تفهم شذوذ الشارع الاهلى في هذه الحالة وعدم نصه على شرط السنة بالنسبة لرافع الدعوى ، مع ان مصدر التشريع لديه هو الفرنسى والمختلط وهما صريحان . وان صح القول بصعوبة الاخذ بشرط هذه السنة بالقانون الاهلى مع السكوت عنه به ، لانه من المخاطرة باصول التفسير ، لما فيه افتتات على الشارع ورغباته ، الاخذ بمبدأ لم يقل بها ، أخذاً من طريق التشبيه والتثيل^(١) الا انا نلح من اتفاق القوانين الثلاثة على شرط عدم مرور سنة على التعرض ان الشارع فيها وهى الثلاثة أراد من جعل دعوى منع التعرض تتقدم بسنة ، ان يحصى المتعرض اذا مضت على يده هو الآخر سنة من وقت التعرض . فاذا لم تمض سنة على المتعرض فلا يحصىه القانون ، بل يجوز رفع الدعوى عليه . وعلى هذا التحليل تسقط الدعوى عن المتعرض بعد سنة . وتقبل ضده في ظرف سنة . فاذا مضت سنة جاز له أن يرفع دعوى التعرض على من يتعرض له ، لان يده أصبحت شرعية بحكم القانون ، شرعية بنسبة وضع اليد فقط ، وربما تكون غاصبة بالنسبة لغير وضع اليد كالملكية . واذا لم تمض سنة على تعرضه فلا تقبل منه دعوى منع التعرض فيما اذا تعرض له متعرض ، سواء كان المتعرض هو واضع اليد الاصلى

أم متعرض أجنبي ، لأن يده على العقار لما تصبح شرعية بعد . ولأن شرعية اليد متوقعة على مضي السنة ولما تمض بعد . فاليد حينئذ غير شرعية . وعدم شرعيتها واحد بالنسبة لمن يتعرض لها سواء كان المتعرض هو نفس واضع اليد الاصل ، أو أى شخص آخر . لأن اليد لا تتجزأ في هذه الحالة فتكون غير شرعية بالنسبة لواضع اليد الاصل ، وشرعية بالنسبة للأجنبي . وبهذا التحليل الذى أوردناه نستطيع الاخذ بالرأى القائل بضرورة شرط مضي سنة على وضع اليد ، وعلى الاخص اذا راعينا الاعتبار العملية التى اتبعها الآخذون به ^(١)

رأينا ان المادة الفرنسية ٢٢٤٣ مدنى متفقة في مبادئها « مدة أكثر من سنة » مع المادة ٢٣ مرافعات فرنسى التى اشترطت أن يكون قد مضت سنة على رافع دعوى منع التعرض . ورأينا أن الشارع المختلط قرر بالمادة ٢٩ مرافعات ما قرره المادة ٢٣ مرافعات فرنسى . وكان يلزم على ذلك حتماً على هذا الصانع المختلط أن يقرر بالقانون المدنى بالمادة ١١٠ المقابلة للمادة ٢٢٤٢ فرنسى نفس ما قرره هذه المادة الاخيرة من ضرورة مرور أكثر من سنة على واضع اليد من وقت حصول التعرض من المالك الحقيقى ، حتى يقال أنه هناك قطعاً للتقادم . فهل يستفاد من عدم ذكره لهذه العبارة « مدة أكثر من سنة » انه خالف القانون المدنى الفرنسى ، مع أنه من المحتم أن يكون هناك تلازم بين المادتين ٢٢٤٣ مدنى فرنسى و ٢٣ مرافعات فرنسى ؟ ان هذا التلازم الحتمى لا بد أن يكون موجوداً أيضاً بين المادتين ١١٠ مدنى مختلط و ٢٩ فقرة رابعة مرافعات مختلط مادام أن القانونين الفرنسى والمختلط قد اشتركا في شرط مضي سنة على وضع يد رافع دعوى منع التعرض ، وهذا الشرط أساسى بقانون المرافعات في دعوى وضع اليد بفرنسا وبالمختلط باعتبار أن قانون المرافعات في هذه الحالة يعتبر الأساس الذى يرجع اليه ، أى أن القانون المدنى يتبع قانون المرافعات في دعاوى وضع اليد التى وردت بهذا الاخير دون الاول . وعلى ذلك يجب اعتبار عدم ورود عبارة « مدة أكثر من

(١) مرافعات الدكتور عبد الفتاح بك السيد طبعة ثانية ص ٣٣٢ — ٣٣٤

سنة « بالقانون المدني المختلط سهواً من الشارع يجوز تصحيحه عند المفسرين .
أو أنه تعمد عدم ذكره العبارة حتى لا يدخل في تفصيل التفرقة بين دعاوى
وضع اليد بوجه عام والتي يجب ان تشتط في رفعها سبق وضع اليد مدة سنة ،
ودعوى رد الحيازة التي لا يشترط فيها هذا الشرط كما قالت بذلك المادة ٢٩
مرافعات مختلط بالفقرة الرابعة وما أطلقت به المادة الاهلية ٢٦ فقرة ثالثة مرافعات
من عدم اشتراط مضي سنة على وضع يد رافع الدعوى — لم يرد الشارع ذلك
وربما كان متأثراً بالخلاف القائم عند رجال الفقه بفرنسا بشأن دعوى رد الحيازة
وما اذا كان يجوز رفعها من الحائز الذي لم تمض سنة على حيازته ، لان الشارع
الفرنسي لم يفرق بالمادة ٢٣ مرافعات بين دعاوى وضع اليد بوجه عام واشتراط
السنة لها ، ودعوى رد الحيازة وعدم اشتراط سنة لها ، بل أطلق مادته اطلاقاً
لجعل شروط السنة متمشياً على دعاوى وضع اليد بوجه عام من غير تفرقة له بين
أنواعها

وسواء تعمد الشارع المختلط عدم ذكر العبارة « مدة أكثر من سنة »
للسبب المتقدم ، أو كان سبب عدم ذكرها يرجع لسهو منه ، فانه من المحتم أن
تكون المادة ١١٠ مدني مختلط متفقة تماماً مع المادة ٢٩ مرافعات فقرة ٤ مختلط
ولما جاء الشارع الاهلي كان ينقل أغلب نصوص المواد المختلطة بغير حساب
فنقل المادة ١١٠ مدني مختلط وجعلها الفقرة الاولى من المادة ٨٢ مدني أهلي ، ثم
المادة ١١١ مدني مختلط وجعلها الفقرة الاخيرة لنفس المادة ٨٢ مدني أهلي
وعلى ذلك لا نستطيع القول هنا . بأن الشارع الاهلي تعمد عدم ذكر شرط
مضي السنة على وضع اليد الحائز للعقار . نقول ذلك حتى يكون حكمه في هذا
الشأن مؤلفاً مع حكمه الذي قرره بقانون المرافعات بالمادة ٢٦ فقرة ٣ . وكل ما
فعله انما هو نقل النص المختلط نقلاً من غير بحث وتمحيص

وبما أننا رأينا الاخذ بضرورة شرط السنة على وضع يد رافع دعوى منع
التعرض على خلاف المذهب المعارض الذي قال بعكسه ، فالتا نقول هنا بضرورة

الاخذ بشرط السنة أيضاً بالمادة ٨٢ مدني أهلي . أي أننا لا نعتبر بأن هناك قطعاً طبيعياً لوضع اليد المرشح للتملك بالتقادم الا اذا مضت سنة على تعرض المالك الحقيقي لوضع اليد وطالما أن السنة لم تمض على هذا التعرض فلا يقال بأن هناك قطعاً طبيعياً ، لان واضع اليد الذي حصل له التعرض يملك في ظرف السنة من تاريخ حصول التعرض له رفع دعوى منع التعرض الحاصل له من المالك الحقيقي أو غيره^(١)

هذا ولا بد من ابداء ملاحظتين

٣٣٣ - الملاحظة الاولى : ينتج من المادة ٧٦/١٠٢ مدني و ٢٢٢٩ فرنسي أنه لا يصح وضع اليد ولا يعتبر مفيد أو ممهداً للملكية بالتقادم ، اذا كان منقطعاً غير مستمر . ولا يوجد في القانون نص يقول بأن التقطع في وضع اليد وعدم استقرار الاستمرار فيه يجب أن يزيد عن سنة . فاذا كان لا يوجد بالقانون مثل هذا النص فكيف استطاعت المادة ٢٢٤٣ مدني فرنسي التي شرحتها وأخذنا بها ، أن تقرر هذه القاعدة في أن شائبة التقطع يجب أن تكون مدتها أزيد من سنة حتى تعيب وضع اليد وتشوبه وتجعله غير مفيد ؟ الحقيقة ان المادة ٢٢٤٣ لم تقرر هذه القاعدة مطلقاً . وكل ما قررته انما هو الاشارة الى زوال وضع اليد عن الحائز للعقار زوالاً حاصلًا بفعل الغير^(٢) . وأما ما قررته المادة ٧٦ مدني مصري المذكورة فهو عن زوال وضع اليد عن الحائز زوالاً بفعل واضع اليد نفسه . أي ان التقطع المقصود بالمادة ٧٦ مدني هو الحاصل من نفس واضع اليد ، اذ يضع يده تارة ثم يرفعها أخرى . وأما المادة ٢٢٢٩ فهي خاصة بالتعرض الذي يحصل من الغير لوضع اليد . واذا حصل التقطع بفعل واضع اليد نفسه وأزال بفعله هو يده عن العقار ، فانما يكون قد أراد بذلك أن تنصرف نيته عن وضع اليد وترتفع عنه . ويرتب على ذلك زوال وضع اليد تماماً بما انه أراد ذلك . وعلى العكس من ذلك فيا اذا كان رفع اليد أو قطع التقادم حاصلًا بفعل الغير ، فانه لا يترتب على هذا الزوال انصراف نية واضع

اليد عن وضع اليد، ولذا يجب أن يطول قطع التقادم هذا حتى يزول حق واضع اليد في الاستنادة من دعاوى منع التعرض . ولا يزول هذا الحق الا بعد مضي سنة كما رأينا، أى لا تظهر رغبته بالتخلي عن العقار وتبين نيته برفع يده عنه الا بعد مضي سنة على التعرض ^(١).

٣٦٤ — الملاحظة الثانية : يقين من تقريب المادة ٢٢٤٣ مدنى فرنسى من المادة ٢٣ مرافعات فرنسى ومن اتصالها ببعضها البعض ، ومن اتصال المادة ٨٢ فقرة ١ / ١١٠ مدنى بالمادة ٣٦ فقرة ٣ / ٢٩ فقرة ٤ مرافعات ، ان القاعدة المقررة بهذه المواد لا تتعلق بالايمارات فقط ، لان دعاوى وضع اليد لا تسرى الا على العقارات دون المنقولات . وعلى ذلك يجوز أن يحصل قطع التقادم في المنقولات ، ذلك التقادم الذى سيأتى ذكره بعد ، فيما اذا خرج المنقول عن حيابة حائزه وظل بعيداً عنه مدة يمكن معها القول بزوال يده عنه زوالا لاعلاج له فيه

٦٣٥ — في القلع المدنى : قررت المادة ٨٢ فقرة ٢ / ١١١ مدنى ما يأتى : — « وتنقطع المدة المذكورة أيضاً اذا طلب المالك استرداد حقه ^(٢) بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة امام المحكمة ^(٣) أو نبه عليه بالرد تنبيها رسمياً ^(٤) مستوفياً لشرط اللازمة ^(٥) ولو لم يستوف المدعى دعواه ^(٦) انما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى المدة » ^(٧)

وتقول المادة ٢٢٤٤ مدنى فرنسى ما يأتى : « ويحصل القلع المدنى برفع الدعوى أمام القضاء والتنبيه بالرد أو الحجز ^(٨) اذا أعان ذلك كله الى من يراد منعه من التقادم » وتقول المادة ٢٢٤٨ مدنى فرنسى ما يأتى : « يحصل قطع التقادم باقرار المدين بالحق ، أو باقرار واضع اليد بالحق اقراراً صادراً من الواحد منهما لصاحب الحق الذى يسرى التقادم ضده » والمادة الفرنسية الأولى تحكى

(١) كابتان ص ٨٩٣ (٢) Revendiqué (٣) Citation en justice

(٤) Commandement (٥) Régulier en la forme

(٦) Pas donné suite (٧) Périmier l'instance (٨) Saisie

المادة ٥٢ المصرية والمادة الثانية تقرر قاعدة عامة . وعلى ذلك يحصل القطع بواحد من اثنين ، اما عن طريق التقاضى بالقضاء ^(١) من قبل المالك ، وأما عن طريق الاقرار ^(٢) من قبل واضع اليد ، اقراراً يتم عن الاعتراف بحق المالك فيما كان محلاً للتقادم . واذا ما صدر هذا الاقرار زالت معه نية التملك لدى المقر ^(٣) . وربما يعتبر الاقرار في هذه الحالة قطعاً طبيعياً أكثر من اعتباره قطعاً مدنياً . وأما التخاصم للقضاء ^(٤) أو المطالبة بالشيء أمام المحاكم ^(٥) من قبل المالك فإنه لا يترتب عليه في الحال لا زوال مادة الشيء ^(٦) ولا زوال نية التملك بوضع اليد . إنما يترتب عليه قطع التقادم لأسباب ترجع للعدالة ولاعتبارات عملية لاحتمال أن يطول أجل نظر الدعوى حتى ينتهى الفصل فيها ، لانه لا يجوز أن يتم التقادم والخصومة قائمة ^(٧) . هذا وبما قرره الشرائع الحاضرة ان الاحكام مظهرة لا مثبتة أخذاً بما قرره أيضاً فقهاء الشريعة الاسلامية ^(٨) . بمعنى ان للحكم أثراً رجعياً حتى يصل الى وقت رفع الدعوى ^(٩)

٣٦٦ - ١) في المطالبة القضائية ^(١٠) : للمطالبة القضائية من المالك ضد واضع اليد أثر في قطع المدة على هذا الاخير فقط أى أثر نسبي ، بخلاف القطع الطبيعي بمعنى انه لا يجوز التمسك بالقطع المدنى الحاصل من طريق التقاضى الا ضد من رفعت عليه الدعوى أو ضد خلفائه ^(١١) .
وأما الاعمال التى يحصل بها القطع القضائى فهى الدعوى والتنبيه والحجز . والتنبيه والحجز خاصان بالتقادم المسقط فلا شأن لنا بهما الآن ^(١٢) وإنما نحصر القول هنا فيما يتعلق بالدعوى

Reconnaissance (٢)	Interpellation (١)
Interpellation (٤)	Animus sibi habendi (٣)
Intra morus litis (٧)	Corpus (٦)
Interpellation (١٠)	Réclamation judiciaire (٥)
(٨) كتاب ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥٦ طبعة سنة ١٣٢٥ . — كتابنا فى الالتزامات من ٥٠٣ ن ٥٦١ وما بعدها (٩) كتابنا ص ٨٩٤ (١٠) Interpellation (١١) د ٩٠٧ ، ١٢٤١ (١٢) الالتزامات ص ٤٩٦ ن ٥٠٣ وما بعدها . —	
أما يجب ان يلاحظ بان الترض من التلبيه Commandement هو التلبيه بالوفاء بتنفيذ الحكم أو لتقدي رسمى . وكذلك الحجز اذ يتراد به الحجز التنفيذى	

فأما إذن الآثار المترتبة عن رفع الدعوى بالنسبة للتقادم من حيث القطع ؟
هناك مسألتان : (١) ما هو المقصود من الدعوى ؟ — (٢) متى تعتبر الدعوى
ذات أثر في التقادم ؟

- ٣٦٧ — المسئلة الاولى : المقصود من رفع الدعوى : تعددت في هذا
القائ مسائل خلافية بت القضاء فيها من جانب والقانون من جانب آخر
١. — هل يجب في الدعوى أن تكون قد أعلنت فعلا لخصم حتى يترتب
عليها قطع للمدة ؟ أجاب القضاء الفرنسي بالسلب^(١) ذلك لان غرض القانون أن
لا يضار المدعى بسبب بقاء الفصل في الخصومة . ومتى تقرر ذلك وجب عليه
أن يحصل القطع بمجرد ان بدأ المالك في دعواه
٢. — هل الدعوى المستعجلة تعتبر في حكم الدعوى العادية السابقة ؟ لا تعتبر
كذلك اذا لم تتوجه فيها على الاقل طلبات في الموضوع^(٢) واقتصر فيها فقط
على مجرد طلب احتياطات تحفظية^(٣)
٣. — والمراد بالدعوى المتخاصمة امام القضاء وطلب الحكم بالحق سواء كانت
الدعوى أصلية أو فرعية أو دعوى الخصم الثالث^(٤) . وعلى ذلك فلا يعتبر الانذار

(١) ٦٣، ٢، ٩٥، د، ٢٠٠١ Conclusions au fond (٢)

(٣) Mesures conservatoires ٨٣، ١، ٣٧٣ — س، ٨٤، ١، ٤٩ —
ومقال لآبيه Labbé وكذلك دعوى الحراسة لا تعتبر قاطعة للتقادم في بعض الظروف : استئناف
٣٧ ديسمبر سنة ٩١٣ ش، ١، س ١٨٤ عدد ٣٣٠ . مرجع من ٤٠١ ن ١٤٧٨ (وملاحظ
الحكم مضطرب واسبابه غير واضحة) — وإعلان الدعوى الذي يقطع المدة هو الاعلان الصادر
من صاحب الحق المهدد بالسقوط بالتقادم الى خصمه الذي يدفع بهذا السقوط ويتضمن الاعلان
المطالبة بهذا الحق . وان الدعوى المستعجلة حتى ولو كانت مرفوعة من صاحب الحق المهدد
بالسقوط ولا تتضمن المطالبة بنفس الحق بل تكون قاصرة على اجراءات وقائية تمهيداً للحق
المذكور كدعوى اثبات الحالة مثلا لا تقطع المدة : بين سوف ٢ يونيو سنة ١٩١٤ ح ٣١ س ١٩٠ .
مرجع من ٤٠١ ن ١٤٧٩

(٤) استئناف ٢٥ يناير سنة ٩١٦ ش ٣ ص ٤٧ عدد ١٢٨ — والحجز الامتيازي
الموقع بواسطة الادارة بقطع التقادم : استئناف ١٧ مارس سنة ٩١٥ ش ٢ ص ٢١٨ عدد ٢٣٢ —
مرجع من ٤٠٣ ن ١٤٨٥ ويرى القضاء أن رفع الشكوى في مسائل التركات الى بيت المال يقطع
المدة القانونية لسقوط الحق لانه حصل لجهة مختصة في هذه المسائل بخلاف الشكوى للجهات
الادارية غير المختصة فانها لا تقطع المدة : استئناف ٢ يناير سنة ٩١٦ ح ١١ ص ١٤٢ ، مرجع

على يد محضر أو بخطاب بسيط قاطعاً بالتقادم^(١)

٤. — وما القول بشأن المقاضاة أمام محكمة الخط لاجل الصلح^(٢) ؟ المقاضاة بالصلح أمام محكمة خط أمر اجبارى على المدعى فيما اذا كانت الدعوى كلية فقط^(٣) واختيارى فى غير ذلك . ويترب على هذه القاعدة أن رفع الدعوى أمام محكمة الخط للصلح أمر قاطع للمدة . لأن رفع الدعوى أمامها على سبيل الصلح يعتبر فى ذاته من أعمال رفع الدعوى بالذات

٣٨٨ — المسئلة الثانية : متى تعتبر الدعوى ذات أثر فى قطع المدة : لا أثر للدعوى من حيث القطع فى الاحوال الميينة بالمادة ١٢٤٧ مدنى فرنسى وحكمها عام وهى :

١. — اذا كانت عريضة الدعوى^(٤) باطلة شكلا^(٥) . ولكن كيف يمكن التوفيق بين هذه القاعدة والقاعدة الاخرى المقررة بالمادة ٢٢٤٦ مدنى فرنسى

من ٤٠٣ ن ١٤٨٦ (وهو محل نظر) — ومضى المدة لا ينقطع بأعمال ادارية بسيطة كطلب المساعدة القضائية أو بأعمال الغرض منها الحصول على أوراق أو مستندات قضائية : مجموعة المذكرات والمنشورات لجنة المرافعة القضائية عدد ٤٦ ، مرجع ن ١٤٨٦ ، ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ ، ١٣ ، ٦٣ . ولكن رغم ذلك يقول القضاء بأنه وإن كان طلب المرافعة من الرسوم غير معتبر من الاوراق القضائية القاطمة لمدة سقوط الحق بالتقادم الا أنه اذا كان طلب المرافعة مشتتلا على جميع تفصيلات الدعوى وقد علم به المدعى عليه فى وقت لم تتم فيه مدة التقادم وجاء على أثره بوقت غير طويل اعلان الدعوى الذى يقطع التقادم بطبيعته ، فإن هذه الظروف تمنع التمسك بالتقادم : استئناف ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ ج ٣٤ من ١٦٤ ، مرجع من ٤٠٢ ن ١٤٨٠

(١) استئناف ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣ من ٧٢ عدد ٤١ ، مرجع من ٤٠٠ ن ١٤٧٤ — مرجع ١٤٧٠ . وذلك كله لأن أسباب القطع الواردة بالمادة ١١٠/٨٢ مدنى جاءت على سبيل المحصر لا على سبيل التمثيل

(٢) Citation en conciliation (٣) الماددة ١٩ من قانون رقم ١١ سنة ١٩١٢ المدلة بالماددة ١١ من لائحة ١٥ مايو سنة ١٩١٣ المقررة بقانون رقم ١٧ سنة ١٩١٣ — مرافعات الدكتور أبو هيف بك من ١٨٢ ن ١٨٢ — راجع مع ذلك مرافعات الدكتور عبدالفتاح بك السيد من ٦١ ن ٦٤

وهي القائلة « بأن رفع الدعوى أمام قاض غير مختص قاطع للتقادم » ؟ (ويجرى القضاء المصرى فى أغلب فالبه على الأخذ بهذه المادة ^(١)) ومن النادر جداً أن لا يأخذ بها) اذ كيف تعتبر العريضة الباطلة شكلاً مانعة من القطع، بينما التقاضى أمام محكمة غير مختصة ، أى بطلان العريضة ايضاً ، غير قاطع ؟ السبب فى هذا الاختلاف يرجع الى أنه لما كانت مسائل الاختصاص من المسائل الدقيقة التى يدق على المتخصصين الامام بها على حقيقتها ، فانه لا يصح أن يصبحوا مسئولين عما يقع من الاغلاط فيها بمرائض الدعاوى . ولكن اذا راعينا هذا التعليل كان من الواجب ايضاً أن يقال مثل ذلك بشأن العيوب الشكلية التى تشوب عريضة الدعوى ، أخذاً بالمعادلة فى الحالتين . لان العيوب الشكلية هذه على اختلاف انواعها ليست من عمل الخصوم انفسهم بل من عمل من يتولى الوكالة عنهم من حملة القانون ^(٢)

٢ . — لا قطع مع بطلان المرافعة . فاذا ترك المدعى دعواه ^(٣) ثلاث سنوات جاز للخصم رفع دعوى يطلب فيها بطلان المرافعة ^(٤) (المادة ٣٠١ — ٣٤٤ مرافعات ٤٠٢ و ٤٠٣ فرنسى) ويترتب على الحكم بالبطلان زوال عريضة الدعوى وما كان لها من الآثار القانونية المترتبة عليها ^(٥)

٣ . — ويزول اثر الدعوى ولا قطع قيا اذا تنازل صاحب الدعوى عن الدعوى سواء كان التنازل خاصاً بالعريضة فقط والاجراءات أو كان شاملاً للحق فى ذاته (المادة ٣٠٥ / ٣٤٨ مرافعات)

٤ . — واذا حصل القطع برفع الدعوى فهو يزول بالحكم فيها بالرفض ^(٦) . وما كان هناك محل للاخذ بهذا القول ما دام أن للمدعى عليه حق دفع الدعوى الجديدة قبله بدفع قوة الشيء المحكوم فيه . واذا رفعت عليه الدعوى الجديدة

(١) مرجع من ٤٠٢ ن ١٤٨٢ و ١٤٨٣ (٢) كابلان من ٨٩٥

(٣) Désistement (٤) Péremption

(٥) . رفضات أبو هيف بك من ٨١٢ ن ١١٢٨٨ ومرافعات عبد الفتاح بك من ٦٣١ ن ٧١٨

(٦) Rejet de la demande ملوى ٢٨ فبراير سنة ٩٠٠ مرجع من ٤٠٤ ن ١٤٩٢

من غير المالك فلا يجوز أيضاً للمدعى الادعاء بقطع المدة لان قطع المدة نسبي كما قررنا لا يتمدى الطرفين . واذا كان الامر كذلك فكان لا محل لهذه القاعدة التي قررتها المادة ٢٢٤٧ فرنسى . ولكن قد تحصل حالات يجوز فيها الدفع بقطع المدة بسبب رفض الدعوى . وذلك في حالة ما اذا كانت قد رفضت لعدم توافر شرط خاص في المدعى كعدم توافر صفة التقاضى فيه ^(١) . فاذا تجددت من جديد جاز الاستناد الى مضى المدة وعدم اعتبار القطع الحاصل بفعل الدعوى الاولى المحكوم فيها بالرفض ^(٢)

٣٣٩ - (٢) في الافرار بالحق لصاحبه : ان اقرار واضع اليد بالحق لصاحبه لا يخضع لشكل خاص حتمه القانون . لذا يجوز الاقرار صريحاً ^(٣) أو ضمناً ^(٤) ويجوز أن يكون في مجلس القضاء أى قضائياً ^(٥) أو في غير مجلس القضاء أى غير قضائى ^(٦) . والذي يجب أن يتوافر وجوده في الاقرار هو ذلك الشرط العام القانونى وهو صدوره من شخص يملك الاقرار أى من شخص يتمتع بأهلية التصرف في أمواله ^(٧)

وأما عن الأثر المترتب على الاقرار فانه يختلف باختلاف الظروف . فيجوز أن يصدر الاقرار من شخص بأنه يملك باسم الغير . ومن وقت الاقرار يعتبر أنه حائز عرضى أى ان يده يد نيابة . ويحصل أنه مع اقراره بأن الشيء مملوك لغيره فانه يدعى أيضاً بأنه ولو لم يكن لديه سند قانونى يبرر وضع يده الا أنه غاصب للشيء . وفي هذه الحالة لا يجوز اعتباره حائزاً نيابياً . اذ يستمر في وضع يده ويتملك بالتناقد ابتداء من وقت الاقرار فقط ، لان حسن النية كما ذكرنا من قبل ليس بضرورى في القانون المصرى والفرنسى لتملك بمضى المدة الطويلة ^(٨) .

(١) Défaut de qualité (٢) الالتزامات من ٤٨٧ ن ٤٩٢ . —
 كابتان من ٨٩٦ Expresse (٣) Tacite (٤)
 Judiciaire مرجع من ٣٩٩ ن ١٤٦٨ (٥) Extra-judiciaire (٦)
 Capacité d'aliéner (٧) كابتان من ٨٩٦ (٨)

وعلى ذلك يكون من أخص خصائص الاقرار واحدى نتائجها الهامة تنازل المقر عن مدة التقادم التى سبقت الاقرار . وينتج من ذلك ما يأتى :

١ . — اذا أقر واضع اليد بملكية البنىء لغيره وأصبحت حيازته على ذلك عرضية كان لقطع التقادم أثر عام مطلق . أى يجوز لكل ذى مصاحبة التمسك به ضد المقر . وذلك لان وضع اليد الموصل للتقادم^(١) قد زال وانقطع بالاقرار . ويستحيل حصول التقادم فى المستقبل مع قيام الحيازة العرضية الا اذا وقع تغيير فى سبب اليد كما ذكرنا^(٢)

٢ . — وأما اذا كان المقر قد أراد من اقراره هذا أن يتنازل فقط عن المدة السابقة على الاقرار ، كان للقطع حينئذ أثر نسبي لا يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، بل لصاحب الحق فقط الاحتجاج به على المقر . وفوق ذلك اذا ظل المقر واضعاً يده على العقار ، ظهر التقادم من جديد من وقت الاقرار . ووجب عليه أن يستعين بمدة جديدة بتبدئ من وقت الاقرار . واذا فرض وكان وضع يده فى مدته السابقة على الاقرار مقرونا بحسن النية ، فقد أصبح بالاقرار سيئ النية . وعلى ذلك ان صح له التملك بمضى خمس سنوات قبل الاقرار لوجود سبب صحيح لديه وتشبعه بحسن النية ، فانه لا بد له من ١٥ سنة بعد الاقرار وظهور سوء النية

§ ٤ — الشرط الرابع : إيقاف التقادم

٣٧٠ — يحصل الايقاف^(٣) فى بعض الاحوال المعينة حيث يرى الشارع توقيف مضى المدة عن المضى فى السير نحو التملك بالتقادم . ويكون الايقاف لمدة معينة . والغرض منه حماية بعض حملة الحقوق ممن يكون أهلاً لرعاية القانون لهم وهنا نرى الفرق بين المقطع والايفاف . ذلك لانه اذا زال سببه وارتفع الحائل

دون التقادم عاد التقادم الى ما كان عليه من قبل ، مع احتساب المدة السابقة عليه .
وأما في حالة القطع فعلى العكس من ذلك . لانه اذا حصل القطع وجبت مدة تقادم
جديدة بتبدئ من وقت حصول القطع . وأما الزمن السابق عليه فقد ضاع على
واضع اليد

وترجع الحكمة في الايقاف الى المدالة^(١) ذلك لان الايقاف انما يستفيد منه
أشخاص لم يكونوا بحالة يمكن لهم معها القيام بأعمال من شأنها قطع التقادم
الجارى ، أو اذا قاموا بهذه الاعمال فاتهم يتعرضون الى مضار تحدث بهم وتعطل
عليهم مزية الدفاع عن حقوقهم

وربما يلاحظ على الايقاف أنه ليس صحيحاً في جميع مظاهره . ذلك لانه لا
يكون صحيحاً الا اذا كانت الاعمال الموقفة تحدث أثرها بالنسبة لتقادم جار أى
سابق . ولكن يحصل أن هذه الاعمال الموقفة تحدث أيضاً ذلك الأثر عند الحاجة ،
أى تحول دون البدء في التقادم
أما الاحوال التى يحصل فيها الايقاف فهى ما يأتى :

(٣٧١-١) الحالة الاولى - يقول القانون بالمواد ٨٣/١١٢ مدنى
و ٨٤/١١٣ بايقاف التقادم بالنسبة لمفقودى الاهلية شرعاً^(٢) وتقول المادة الفرنسية
٢٢٥٢ بالنسبة للقصر^(٣) والمحجور عليهم^(٤) والمعنى واحد تقريباً فى القانونين .
أما السبب فى حماية مفقودى الاهلية فهو على ما يظهر سبب غير وجيه . وقد
نقل الشارع هذه القاعدة عن القانون الرومانى ولكنه لم يحسن نقلها ، لأن
الرومان لم يقرروها بهذا الاطلاق والتعميم المعروفة به فى الشرائع الحاضرة . اذ
قرروها فقط فى ايقاف التقادم حماية للأموال التى كانت لاولاد الاسرة والتى
حصلوا عليها بسبب الحوادث العسكرية^(٥) فى الوقت الذى كانوا فيه تحت سيطرة
رب الاسرة وسلطانه^(٦) . ذلك لان ابن الاسرة ، ما كان له الحق فى رفع الدعوى

(١) Équité (٢) Légalement incapables (٣) Mineurs (٤) Interdits (٥) Pecule adventice (٦) Patria potesta

أمام القضاء وعلى ذلك ما كان له حق قطع المدة . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان رب الأسرة^(١) ولو أنه صاحب الحق فى رفع الدعوى عن ابنه الا أنه لما لم يكن له مصلحة ظاهرة فى ادارة هذا النوع من المال الخاص بابنه فكان لا يعمل شيئاً يتعلق بإدارة هذا المال بوجه عام . هذا ونعلم أن رب الأسرة «بروما» لا يمثل ابنه^(٢) أى لا يعتبر وكيله الشرعى . وكان للقاصر والمحجور عليه وكلاء شرعيون^(٣) يمثلونهم ، أباً كان أو وصياً أو قياً^(٤) وكان من حقهم بل ومن واجبهم أن يعملوا على ما فيه مصلحة مفقودى الاهلية وحماية مصالحهم . لذا يمكن القول بحق بأن المواد ٨٣ و ٨٤ مدنى و ٢٢٥٢ انما تشير الى هذا النوع من الحماية التى قررها الرومان لبعض مفقودى الاهلية ، وهى دعوى طلب رد ما أخذ بالكامل^(٥) أو دعوى اعادة الشيء الى أصله، وذلك عند وقوع اإهمال من جانب وكلائهم الشرعيين . ولا يخفى أن تقرير هذه الحماية انما هو على طرفى تقيض مع الاصول المعروفة فى نظرية التمثيل القانونى^(٦) المعروفة فى الوقت الحاضر^(٧) لان من أخص أوصاف هذه النظرية الآن ان أعمال الوكيل الشرعى حجة على موكله . واذا أصاب هذا الاخير ضرر فما عليه الا الرجوع على وكيله فقط . وفى تقرير «نظرية رد الشيء الى أصله» وهى رومانية الاصل توسع فى حماية مفقودى الاهلية حتى يأمن بها هؤلاء اعمار الاوصياء عند الرجوع على هؤلاء الاخيرين

ولما كانت هذه النظرية مما تتعارض مع نظرية الانابة الشرعية أو الوكالة القانونية فى الوقت الحاضر كما ذكرنا ، رأى رجال الفقه الفرنسى العمل على التضييق من مجال الاخذ بها اذ قصروها فقط على القصر والمحجور عليهم ولم يجعلوها شاملة للقاصر المحرر^(٨) أو الشخص المحجور عليهم حجراً شرعياً^(٩) أى

Représentants légaux (٣)	Représenter (٢)	Pater (١)
Restitutio in integrum (٥)		Tuteur (٤)
كاتبان ص ٨٩٧ (٧)		Représentation (٦)
Interdit légal (٩)		Mineur émancipé (٨)

حجراً يقول به القانون نفسه كالحجر الحاصل نتيجة لحكم بمقوبة جنائية في جنابة
(المادة ٢٥/٤١ عقوبات) أو المجنون غير المحجور عليه^(١)

٣٧٢ - في المادتين ٨٤/١١٣ و ٨٥/١١٤ مدني وضرورة رفع ما عراهما من

القصر: يجب لاجل جلاء ما عراهاتين المادتين من القوض الرجوع الى التحليل
التشريعي لهما ثم تأكيدها التحليل بالاساليب المنطقية أيضاً

٣٧٣ - (١) من حيث التحليل التفسيري: الاصل لهاتين المادتين هو
القانون الفرنسي. وقد صاغ الشارع المختلط أولاً المادتين ١١٣ و ١١٤ مدني
سنة ١٨٧٥ وهما المقابلتان للمادتين ٨٤ و ٨٥ مدني أهلي الموضوعتان سنة ١٨٨٣.
أما المادة الفرنسية التي رجع اليها الشارع المختلط فهي المادة ٢٢٥٢ التي تكلمنا
عنها. ونفسها ما يأتي: «لا يسرى التقادم^(٢) على القصر والمحجور عليهم ما عدا
ما ورد بالمادة ٢٢٧٨ وما عدا الاحوال المعينة بالقانون» أما المادة ٢٢٧٨ مدني
فرنسي هذه فهي تقرر «ان أنواع التقادم المبينة بالمواد الخاصة بهذا الفصل تسرى
على القصر والمحجور عليهم. ولهم حق الرجوع على أوصيائهم» وأنواع التقادم
المبينة بالفصل المشار اليه هي الخاصة بالتقادم المسقط المتعلق بأتعاب الاطباء
والمحامين والمهندسين، والمبالغ المطلوبة للمحضرين وكتبه المحاكم، والمرتببات
والايجارات والفوائد وكل ما يستحق دفعه سنوياً. وعلى ذلك لا يسرى بالقانون
الفرنسي التقادم بنوعيه، التقادم بالمدة الطويلة والتقادم بالمدة القصيرة، على
القصر والمحجور عليهم، وأما ما عدا ذلك من أنواع التقادم فهو يسرى عليهم.
وهذا الحكم يسرى في حالة التقادم المكسب والتقادم المسقط، لان المادة ٢٢٥٢
مدني فرنسي وردت بالفصل المعقود للاسباب التي تقطع التقادم بوجه عام دون
تخصيص ما.

الشارع المختلط : جاء «مونوري» واضع القانون المختلط ورأى أمامه المادة ٢٢٥٢ فرنسي فلم يشأ نقلها كما هي بل عدل فيها بما رآه ووضع المادة ١١٣ بالوضع الآتي :^(١)

أي « ان التقادم المكسب في الأحوال العقارية لا يسرى على مفقودي الاهلية شرعاً » (هذه الترجمة من عندنا نحن وضعناها مؤقتاً الآن) :

١. — ان الشارع المختلط ، والاهلي ايضاً ، فصل التقادم المكسب كما ذكرنا عن التقادم المسقط . وجعل أولها ضمن وسائل تملك الحقوق العينية عقارية كانت أو منقولة . ووضع الثاني ضمن اسباب انقضاء الالتزامات . انما أورد بالمكسب أهم الاصول العامة السارية على الاثنين (ولو أنه قرر بالمادة ٢٦٩ مختلط و ٢٠٥ أهلي بأن القواعد المتعلقة بالقطع والايقاف والواردة بالتقادم المكسب تسري ايضاً على التقادم المسقط ، فان هناك قواعد أخرى وردت بالمكسب فقط وغير خاصة بالقطع والايقاف ومع ذلك فهي تسري على المسقط ايضاً ، كالقاعدة القائلة بعدم جواز التنازل مقدماً عن التقادم وهي المقررة بالمادة ١٠٨ مختلط و ٨٠ أهلي . وكذلك هناك قواعد وردت بالمسقط دون المكسب ، ومع ذلك فهي تتمشى على هذا الاخير ايضاً ، كالقاعدة المقررة بالمادة ٢٧٠ مختلط و ٢٠٦ أهلي القائلة بالتجوز للدائنين بالتسك بالتقادم الذي تنازل عنه المدين)^(٢) لذا احتاط الشارع المختلط في وضع المادة ١١٣ المذكورة احتياطاً يتفق مع الباب الواردة به ، أي التقادم المكسب ، اذ قرر بأن هذه المادة تسري في حالة المسائل العقارية^(٣) وأخرج منها تملك المنقول بالتقادم في حالة السرقة والضياع لانه وضع له المواد التي أتت بعد وهي ١١٥ و ١١٦ مدني مختلط

٢. — قال الشارع بالمادة ١١٣ المذكورة « التقادم المكسب » لان المادة

« La prescription acquisitive en matière immobilière, ne court (١) pas contre ceux qui sont légalement incapables »

(٢) الالتزامات من ٤٩٤ ن ٥٠٠ En matière immobilière (٣)

وردت بالفصل المفقود لهذا التقادم . بخلاف المادة الفرنسية ٢٢٥٢ فقد وردت بها كلمة « التقادم » فقط حتى تكون شاملة للنوعين

٣. — رأى الشارع المختلط أن لا يذكر « القصر والمحجور عليهم » كما فعل الشارع الفرنسي بل استعاض عنهم بعبارة « مفقودى الاهلية شرعاً » وهو يريد بذلك كل من كان مفقود الاهلية على الوجه القانوني ، أعنى القصر والمحجور عليهم . وربما كان في التعبير الشارع المختلط ما يؤم أن يدخل تحت هذا النص المحجور عليه بسبب الحكم بمقوبة جنائية . وهذا لا يكون كما قرر رجال الفقه الفرنسي . لانا نرى أن هذا النوع من الحجز لم يشرع لمصلحة المحكوم عليه انما شرع تقييداً له وحداً من حريته حتى لا ينتزع من ماله ما يحتمل معه أن يعمل على تحسين حاله داخل دار الاعتقال . ولذا كان التعبير الشارع الفرنسي بعبارة « القصر والمحجور عليهم » أوضح في المعنى وأدق في التعبير من هذا التعميم المطلق الذي أتى به الشارع المختلط

٤. — ان الشارع المختلط لم يشر بالمادة ١١٢ الى هذا الاستثناء الذي أورده الشارع الفرنسي في أب أنواع التقادم القصير الخاص بسقوط حقوق الاطباء والمحامين وغيرهم انما تسرى على القصر . وكان من اللازم عليه أن يقول بذلك ولم يقله في باب التقادم المسقط . ومع ذلك فان الآراء متفقة ، قضاء وفقها ، على القول بأن المدد القصيرة هذه المنوه عنها بالمادة ٢٢٧٨ فرنسي والواردة بالمواد ٢٧٣ — ٢٧٥ مختلط و ٢٠٩ — ٢١١ أهلي انما تسرى على مفقودى الاهلية ، وان حق هؤلاء الاخيرين محفوظ في الرجوع على الاوصياء والقوام

ولكن لعل الشارع المختلط عند ما ذكر بالمادة ١١٣ بأن التقادم المكسب لا يسرى على مفقودى الاهلية وأطلق عبارة « التقادم المكسب » بما يجمله شاملاً التقادم بالمدة الطويلة وهي ١٥ سنة والتقادم بالمدة القصيرة وهي خمس سنوات بالسبب الصحيح وحسن النية ، رأى مع هذا التعميم في التقادم أن لا

يأتي بنص آخر خاص بعدم سريان التقادم القصير بخمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النية ، على مفقودى الاهلية

ولكن لما رأى من طريق آخر أنه لم يأت بعبارة تشير الى أنواع التقادم المختلفة الخاصة بالتقادم المسقط ، سارع ، كما نظن ، الى وضع المادة ١١٤ وقرر فيها بأنه لا يسرى على مفقودى الاهلية أى تقادم آخر أكثر من خمس سنوات اذ تقول^(١) :

« لا يسرى أى تقادم آخر أكثر من خمس سنوات على هؤلاء مفقودى الاهلية »^(٢) . ولعله يريد بذلك أن يقول بأن أنواع التقادم المختلفة الخاصة بالتقادم المسقط ، والذي لم يضع له بعد نصوصه الخاصة به ، تسرى من طريق عكسى^(٣) على مفقودى الاهلية ، بما أن عدم السريان خاص بما زاد عن خمس سنوات وربما كان هناك احتمال فى وضع الشارع للمادة ١١٤ مختلط و ٨٥ أهلى اذ من المحتمل أن تنصرف عبارته « أى تقادم آخر أكثر من خمس سنوات » الى التقادم العشرى ، أى عشر سنوات ، المنوه عنه بالمادة ٥٠٠ مختلط و ٤٠٩ أهلى و ٢٢٧٠ فرنسى والخاص بسقوط الحق فى مطالبة المهندسين المعماريين بعد مضي هذه المدة ، فلا يسرى حينئذ هذا التقادم على مفقودى الاهلية بنص هذه المادة وكما هو مستفاد من القانون الفرنسى

هذا هو عمل الشارع المختلط عند ما وضع مواد بالانغة الفرنسية أولاً . ولقد ترجمت المادتان ١١٣ و ١١٤ بالكيفية الآتية : المادة ١١٣ « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة على من يكون مفقود الاهلية شرعاً » . وهذه الترجمة الرسمية الحكومية ترجمة صحيحة لا غبار عليها . وترجمت المادة ١١٤ مختلط بما يأتى : « وكذلك لا يسرى على مفقود الاهلية المذكور أحكام ما عدا ذلك من أنواع

« Aucune autre prescription, de plus de cinq années, ne court (١) contre ces mêmes incapables »

(٢) هذه الترجمة من عند المحي وضعاها مؤقتاً الآن (٣) A contrario

التملك بمضى المدة الطويلة متى كان الاعتبار فيها أزيد من خمس سنوات « ولم تأت هذه الترجمة مطابقة للنص الفرنسي المصرى . لأن كلمة « الطويلة » زائدة . ويظهر أن المترجم ظن أن الكلمة الفرنسية ^(١) أى التقادم ، الواردة بالمادة ١١٣ ، إنما تنصرف الى التقادم بالمدة الطويلة فقط ، أى ١٥ سنة . وهذا ظن في غير محله . وكان يجب على المترجم أن يترجم الاصل كما هو . ويرفع كلمة « الطويلة » ليستقيم النص العربي مع النص الفرنسي

السابع الاهلي : جاء « مونورى » سنة ١٨٨٣ ووضع المادة ٨٤ كالمادة ١١٣ مختلط بنصها الفرنسي تماماً أيضاً . ولما جاء المترجم للمادتين الاهليتين راعى ضرورة الاطلاع على الترجمة العربية للمادتين المختلطتين . فرأى هو الآخر أيضاً ان يعدل في الترجمة العربية المختلطة . فصاغ المادة ٨٤ أهلى كما يأتى : « لا يسرى حكم تملك العقار بمضى المدة الطويلة على من يكون مفقود الاهلية شرعاً » . فأضاف كلمة « الطويلة » على النص العربي المختلط بعد أن نقله برمته . وظن هو الآخر كما ظن مترجم المادة ١١٤ مختلط أن كلمة التقادم الواردة في المادة ١١٣ مختلط هي أيضاً خاصة بمضى المدة الطويلة أى بمدة ١٥ سنة . فأراد أن يصلح ما فات المترجم المختلط (في نظره) . ولما جاء دور المادة ٨٥ أهلى في الترجمة رأى المترجم أن صيغة المادة ١١٤ مختلط المتقابلة لها صيغة صحيحة فنقلها حرفياً ، أى مع ما ورد بها من كلمة الطويلة أيضاً . وعلى ذلك أصبحت النصوص العربية للسادتين ٨٤ و ٨٥ مشوبة بالابهام والغموض من اضافة كلمة الطويلة بكل منهما . وبسبب ذكر هذه الكلمة الطويلة دون الاشارة الى التقادم القصير ، أى التقادم بمضى خمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النية ، أخذ القضاء الاهلي يحتال بوسائل المنطق ، لا بوسائل التحليل التشريعي هذا ، على تفسير المادتين تفسيراً يتناول ايضاً التقادم القصير بخمس سنوات ، باعتبار انه لا يسرى على مفقودى الاهلية ايضاً ^(٢) أما

(١) Prescription (٢) استئناف ٨ ابريل سنة ١٩١٦ ح ٣٢ ص ١٩٥ —

وقد رأينا أن النص المصرى فرسمى العبارة المختلط والاهلى المادة ١١٣ مختلط و ٨٤ أهلى قد أورد كلمة التقادم^(١) بطريقة عامة دون تخصيصها بالتقادم الطويل بمضى ١٥ سنة، أو بالتقادم القصير بمضى خمس سنوات مع السبب الصحيح وحسن النية، فالتقادم الطويل والقصير لايسريان معاً على مفقودى الاهلية. ويرجع فى تفسير المادة ٨٥/١١٤ مدنى الى ما قررناه من قبل^(٢)

٣٧٤ - ٢) من حيث التحليل المنطقي : هذا التحليل المنطقي هو الذى قال به القضاء المصرى ورجع فيه الى النصوص العربية دون الرجوع الى النصوص المصرية فرنسية الصيغة . على انه فى الاستعانة بالنسخة الفرنسية ما يسهل معه كثيراً رفع ما نزل بهاتين المادتين من الغموض . وكل ما يمكن أن يقال هنا أنه اذا عمل الشارع على حماية مفقودى الاهلية ضد التقادم الطويل فليس هناك سبب مقبول يجعله يقرر رفع هذه الحماية اذا كان التقادم قصيراً وخصوصاً بخمس سنوات مع سبب صحيح وحسن نية . وربما كانت حمايته فى حالة التقادم القصير أدعى من التقادم الطويل لقصره وقرب وقوع الخطر فيه . بخلاف التقادم الطويل فإنه طويل وبوئمل معه زوال سبب فقد الاهلية ، واذا تعارضت مصلحة البالغ الذى يشتري بسبب صحيح وحسن نية مع مصلحة مفقود الاهلية ، فالراجح أن الشارع يميل الى حماية هذا الاخير أكثر من ميله لحماية الاول . لانه بوضع مصالح الطرفين فى كفتى التفاضل ترجحت كفة مفقود الاهلية على البالغ . ولذا يرى من الوجهة المنطقية العقلية أن التقادم بمدتيه ١٥ سنة وخمس سنوات لايسرى على القاصر . وفى هذه الحالة تنصرف المادة ٨٥ فى قولها « تقادم آخر أكثر من خمس سنوات » خلاف التقادم المنوّه عنه بالمادة ٨٤ ، اما الى التقادم العشرى الخاص بالمهندسين المماريين ، واما أنها تشير من طريق عكسى^(٣) الى أن أنواع التقادم الخاصة باتعاب الاطباء والمحامين وغيرهم تسرى عل مفقودى الاهلية

(١) Prescription (٢) الالتزامات من ٤٨٧ ن ٤٩٣ وما بعدها

(٣) A contrario

على أننا لا نرى محلاً مطلقاً من وضع المادة ٨٥ / ١١٤ مدني ما دام أن المادة ٨٤ / ١٢٣ مدني قد قررت القاعدة بهذا الاطلاق الوارد بنصها فرنسي العبارة . ونعتبر أن هذه المادة جاءت زائدة بهذا الباب . وهي التي أثارت نائرة هذا البحث فقها وقضاء . وعلى ذلك اذا اعتبرناها محذوفة من مجموعة القانون استقرت المادة ٨٥ استقراراً صحيحاً ، بنصها فرنسي العبارة ، وتمشي التقادم فيها على التقادم الطويل والقصير . انما يبقى بعد ذلك هل التقادم العشري الخاص بالمهندسين المعماريين يسرى على القصر أم لا ؟ (وهو ذلك التقادم الذي يمكن أن تشير اليه المادة ٨٥ المذكورة) انا نرى أن الفصل في ذلك يرجع للتقادم المسقط . فكان القول فيه هناك . أما والشارع المصري لم يأت بجميع الاحكام القانونية الخاصة بالتقادم المسقط فن اللازم الرجوع الى مصدره وهو الشارع الفرنسي . وقد رأينا أن التقادم العشري لا يسرى على مفقودي الاهلية ، فلما منع من الاخذ به بمصر . وأما التقادم المسقط الخاص بالمدد القصيرة جداً وهي الخاصة باتعاب الاطباء والمحامين وغيرهم فهي تسرى على مفقودي الاهلية أخذاً بالقواعد العامة المقررة بالقانون الفرنسي كما ذكرنا

(٢) وأما الحالة الثانية التي يحصل فيها ايقاف التقادم فقد ذكرتها المادة ٢٢٥٣ مدني فرنسي في أن التقادم لا يسرى بين الزوجين والزوجية قائمة . ولا نرى ما يمنع الاخذ بهذه المادة بالقانون المصري ولو أنه لا يوجد شبهة لها به . لان واجبات الزوجية والرغبة في دوام روابطها على أحسن ما يكون تحول في أن يقاضى أحد الاثنين الآخر لما في المقاضاة من الاضرار الادبية كما لا يخفى . لذا تعتبر الحوائل الادبية مما يوقف التقادم . ولعل لظروف الخاصة بين الزوجين ما يجعل في بعض الاحيان عدم ضرورة الأخذ بهذا الحائل

في تعدد أسباب اليقاف : ورد الايقاف بالقانون المصري بشأن مفقودي الاهلية شرعاً ولم يرد نص آخر يشير الى غيرهم

٣٧٥ - في الديقاف بسبب تعلو الحق على شرط أو على أجل : لا يسرى التقادم في الحق المعلق على شرط أو على أجل (المادة ٢٢٥٧ فرنسي وحكمها عام) سواء كان الحق عينياً عقارياً أى يتعلق بالتقادم المكسب أو حقاً متصلاً بالمال ، أى يتعلق بالتقادم المسقط . وعلى ذلك فلا تسرى المدة الا من تاريخ استحقاق الحق أو الدين ، اذ الاهمال من جانب الدائن مستحيل طالما الشرط لم يتحقق أو لم يحل الاجل .

ج - التقادم طريق موصل للتملك

لا وسيلة في اكتساب الملكية

٣٧٦ - ذكرنا هنا التقادم كما ذكره الشارع المصري ، ضمن أسباب الملكية باعتباره وسيلة للتملك ^(١) وربما كان ذلك غير صحيح بالدقة . والاصح أن يكون طريقاً موصلاً للملكية ^(٢) وزيد بذلك أن تقول بأنه في التقادم لا تتحقق الملكية بنفسها ^(٣) ولا يتحقق انتقال الحق العيني على رأس المتقادم في الحال لمجرد تمام مدة التقادم ، بل لا بد من أن يظهر صاحب التقادم رغبته في التمسك بالتقادم . لان اظهار الرغبة وهذا الافصاح عنها هو الشرط الاخير من شروط التملك بمضى المدة وبدونه لا تتحقق الملكية بيد المتقادم وهو واضع اليد . وهذا هو المستفاد حتماً من المادة ٢٢٢٣ مدني فرنسي وحكمها عام « لا يجوز للقضاة أن يدفعوا من تلقاء أنفسهم بالدفع الخاص بالتقادم » (وأخذ القضاء المصري بهذه القاعدة) أى لا بد في التقادم أن يتمسك به صاحبه هو بمباراة صريحة تدل حقيقة على أنه يريد الاستفادة من مضى المدة . والسبب في ذلك أن التقادم ربما لا يتفق مع الذمة السليمة عند ما يعلم واضع اليد بأنه يملك

ملك الغير فلا يرتاح ضميره الى أخذ هذا المال

هذا وتقول المادة ٢٢٢٤ مدني فرنسي وحكمها عام أيضاً بأنه « يجوز أن يدفع بالتقادم في أي حالة كانت عليها الدعوى ^(١) حتى أمام محكمة الاستئناف الا اذا دلت ظروف الدعوى على أن من لم يدفع به تنازل عنه ضمناً » ويقول النقض الفرنسي في أنه لا بد أن يكون الافصاح بالتسك بالتقادم افصاحاً قاطعاً بمعنى أن يطلب بالدعوى ضمن طلبات الخصوم بحيث لا يحوم الشك حول الطلب ^(٢) بمعنى أن يكون بالكتابة ومنصباً على التقادم بالذات ^(٣)

أما حكم هذه المادة فهو مستفاد من المادة المصرية ٢٠٤/٢٦٨ مدني الواردة بالتقادم المسقط حيث قررت بأن « مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك » واذا كان الشارع المصري لم يجعل للتقادم أثراً في زوال الحق عن المدين الا بعد افصاح هذا الاخير عن رغبته ، أي أنه لا بد في التقادم المسقط حتى ينتج أثره القانوني في سقوط الحق ، من الادلاء والدفع به ، فلا بد أن يكون الامر كذلك أيضاً ^(٤) بالنسبة للتقادم المكسب ، مادام ان الاصل فيهما واحد ، اذ المكسب من النوعين مسقط أيضاً . لان في الكسب من جهة اسقاطاً من جهة أخرى أي زوالاً . والمسقط أيضاً مكسب . فاكسباب الحق من جانب زوال للحق نفسه من الجانب الآخر . وسقوط الدين عن جانب أي كسب حق التحرر من المديونية ، زوال من جانب آخر ، أي حرمان الدائن من المطالبة بالدين . ومن هذا التحليل نرى ان المادة ٢٠٤ الواردة بالتقادم المسقط مادة عامة تتمشى على نوعي التقادم المكسب والمسقط

٣٧٧ - في الاثر الرجعي للتقادم ^(٥) : قلنا انه لا بد وأن يفصح التقادم

Conclusion formelle (٢)

En tout état de cause (١)

(٣) س ، ٨٧ ، ١ ، ٧٢ (٤) وعلى ذلك يجوز ابداء الدفع بالتمسك بمضي المدة

في أية حالة عليها الدعوى : عياني من ١٧٦ ن ٨٠٠

Rétroactivité (٥)

عن رغبته في الاخذ بالتقادم والتمسك به عقب تمام مضي المدة . وكان من اللازم على ذلك أن التقادم لا ينتج نتائج القانونية الا من وقت التمسك به أى عند انتهاء المدة . ولكن نتائج التمسك به تتمشى على الماضي ، أى يعتبر واضع اليد مالكا لا من يوم التمسك بالتقادم بل من يوم وضع يده ، اى يعتبر مالكا طول مدة التقادم . والحكمة من تقرير قاعدة الاثر الرجعى للتقادم لاترجع للرومان حيث أن هذه القاعدة كانت محل خلاف عندهم ، انما ترجع فى الوقت الحاضر الى الاعتبارات التى روعيت فى تقرير مشروعية التقادم ، فى أن مرور المدة على واضع اليد الحاضر ينتهى الى تقرير قرينة على أنه هو المالك ، وأنه اذا جاء شخص آخر وادعى الملكية ، كان مضي المدة قرينة على انه تصرف فى الشيء الى واضع اليد ، وأن هذا الاخير لا يجد تحت يده الا أن سند التملك . ويترتب على الاخذ بالآثر الرجعى للتقادم ما يأتى .

- (١) يعتبر واضع اليد المكتسب بالتقادم مالكا مالكا نهائيا للثمرات التى جناها من الشيء طول مدة التقادم
- (٢) يكتسب المتقادم^(١) العقار حراً من كل قيد عيني عقارى توقع عليه بسبب المالك الاصلى^(٢) أثناء وضع يد التقادم
- (٣) وعلى العكس مما تقدم تصبح الحقوق العينية المقررة على العقار بواسطة واضع اليد حقوقاً مقررة بطريقة نهائية اذا كانت مهددة بالزوال فيما اذا لم يتم التقادم . وتعتبر صحيحة من وقت تمام التقادم

و - فى التنازل عن التقادم

٣٧٨ - تقرر المادة ١٠٨/٨٠ مدنى ما يأتى : « لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله انما يجوز ذلك لكل شخص متصرف بأهلية التصرف فى حقوقه »

وتقابل هذه المادة المصرية المواد الفرنسية ٢٢٢٠ - ٢٢٢٢ وهي تقرر ما يأتي : المادة ٢٢٢٠ « لا يجوز ترك الحق في التملك بمضى المدة قبل حصوله إنما يجوز ذلك بعد حصوله » . والمادة ٢٢٢١ . « ترك الحق في التملك بمضى المدة إما أن يكون صريحاً ^(١) أو ضمناً ^(٢) ويستفاد الترك الضمني من عمل ^(٣) يدل على للتخلل ^(٤) عن الحق المكتسب ^(٥) ويملك القاضى حرية كاملة في نقد ظروف التنازل الضمني ^(٦) والمادة ٢٢٢٢ . « من لم يملك حق التصرف لا يملك حق ترك التقادم المكتسب ^(٧) »

فما هو معنى التنازل عن التقادم ؟ اذا قيل بأن التقادم وسيلة في اكتساب الملكية وأن هذه الملكية تكتسب بواسطته بمجرد مضي المدة ومن تلقاء نفسها ^(٨) فيكون معنى التنازل حينئذ أن المتقادم ينقل الحق الذي امتلكه بمضى المدة الى نفس الشخص الذي أضر به مضي المدة ، أى ان التنازل يعتبر عملاً ناقلاً للملكية ^(٩) . وربما يؤكد هذا الرأي ما قرره الفقرة الأخيرة من المادة ٨٠ المقابلة للمادة ٢٢٢٢ فرنسي . ولكن المقرر الآن أن التنازل لا يعتبر عملاً ناقلاً للملكية بل التنازل هو حق لم يطالب به بعد ^(١٠) ولا عبارة بعبارة الحق المكتسب ^(١١) الواردة بآخر المادة ٢٢٢١ الفرنسية لأنها لا تنصرف الى حق الملكية بل الى حق الافصاح عن الرغبة ^(١٢)

٣٧٩ - ويرتب على عدم اعتبار التقادم عملاً ناقلاً للملكية ما يأتي :

(١) ان التنازل لا يعتبر عقداً ذا طرفين ^(١٣) أى لا يشترط فيه رضاء المتنازل اليه على حسب الرأي الغالب الآن وهو عدم اعتبار التنازل عملاً ناقلاً للملكية

Abandon (٤) Fait (٣) Tacite (٢) Expresse (١)

Poncet (٥) Droit acquis (٦) د ، ١٠٧ ، ٢ ، ٢٨٩ ومقال

Automatiquement (٨) Prescription acquisitive (٧)

Acte transtatif (٩)

Abdication d'une faculté non encore exercée (١٠)

كولين وكابتن ج ١ ص ٩٠٢ Droit acquis (١١)

Acte bilatéral (١٢)

بل هو عمل ذو طرف واحد^(١) وعلى ذلك اذا شابت رضاء المتنازل شائبة الغش بطل التنازل حتى ولو كان الغش حاصلًا من غير المتنازل اليه

(٢) اذا كان التنازل من الاعمال الناقلة لترتب على ذلك خضوعه لشرائط الهبة . أما والتنازل اقراء من المتنازل بملكيته الى المتنازل اليه فلا يعتبر هبة

(٣) ما دام ان التنازل ليس عملاً ناقلاً للملكية فهو غير خاضع للتسجيل

(٤) اذا كان التنازل عملاً ناقلاً للملكية جاز للدائنين الطعن فيه بدعوى الابطال اذا حصل اضراراً بهم طبقاً للواد ١٤٣/٢٠٤ و ٥٥٦/٦٨٠ مدني و ١١٦٧ فرنسي . ولكن ما دام أن التنازل هو ترك مجرد حق لم يستعمل بمداقنه لا يجوز في هذه الحالة للدائنين أن يرفعوا دعوى الابطال بل يجوز لهم فقط أن يعملوا ما يهمل فيه المدين . بمعنى انه اذا لم يدفع المدين بالتقادم جاز لدائنيه أن يدفعوا به حتى ولو تنازل عنه (المادة ٢٢٢٥ فرنسي) . وهذا هو ما تقرره المادة ٢٧٠/٢٠٦ مدني . وعلى ذلك يجب رفع الدعوى غير المباشرة المنوّه عنها بالمادة ١٤١/٢٠٢ مدني و ١١٦٦ فرنسي (ويجب الرجوع الى النصوص الفرنسية للواد المضرة ١٤٣/٢٠٤ مدني و ٢٧١/٢٠٦ مدني حيث وردت بها كلمة التنازل^(٢) الامر الذي يشعر بأن الدعوى التي ترفع في حالة التنازل هي دعوى الابطال لا الدعوى غير المباشرة) وقد قررت المادة ٨٠/١٠٨ مدني فقرة أولى بأنه لا يجوز التنازل مقدماً عن التقادم . وقد وردت هذه المادة بالفصل الخاص بمضى المدة المكسب . ولا بد أن يؤخذ به في حالة مضي المدة المسقط ايضاً . والمادة ٢٢٢٠ فرنسية المقابلة وردت بالفصل العام للتقادمين المكسب والمسقط . والحكمة من مشروعية هذه المادة ٨٠/١٠٨ مدني و ٢٢٢٠ فرنسي في حالة التقادم المسقط أنه لو أبيع التنازل مقدماً عن التقادم لاصبح التنازل هذا من العبارات الانعائية التي تثبت دائماً وأبداً بالعمود^(٣) وأصبح التقادم هذا كانه ولا وجود له بالقانون باعتباره مبرئاً لزمة المدين . على أنه يجب ملاحظة أن التقادم المسقط انما شرع لاعتبارات ترجع

الحسن النظام (١) والمنفعة العامة (٢)

هذا بالنسبة للتقادم المسقط . ولكن لماذا هذا الحظر لو كان التقادم مكسباً ؟ وما هي الفائدة العملية لتقرير هذا الحظر في حالة التقادم المكسب ؟ فإذا كان واضح اليد سيء النية فإنه يستحيل عليه الاقرار بهذا التنازل . وإذا كان حسن النية فلا يفعل ذلك أيضاً . اذن علام هذا الحظر ما دام أن التنازل لا يقع في مجال العمل مطلقاً ؟ ربما يحصل أن المالك عند ما يسلم الشيء المملوك له لوكيله أو المستأجر منه يفترض عليه بأنه لا يجوز للوكيل أو المستأجر أن يدعى فيما بعد بالتملك بمضى المدة من طريق تغيير السند أى تغيير السبب في الحيازة من حيازة الى وضع يد (٣) . ان تخيل وقوع ذلك أمر لا يحصل . على أنه اذا وقع فانه محظور بالمادة ١٠٨/٨٠ مدنى و٢٢٢٠ فرنسى . وهنا يتعذر ابداء سبب مقبول في شرعية هذا الحظر في حالة التقادم المكسب

هـ - في أنواع مدد التقادم

٣٨٠ - رأينا أن المادة ١٠٢/٧٦ مدنى قد قررت بأن الحقوق العينية العقارية تكتسب بالتقادم مدة ١٥ سنة وخمس سنوات . والمدة الثانية خاصة بمن كان بيده سند صحيح وكان فوق ذلك حسن النية . وأما المدة الاولى فهي خاصة بمن كان سيء النية ولم يكن لديه سبب لوضع اليد . ورأينا انه لا بد مع ذلك من توافر شروط أخرى في المدينين بأن يكون وضع اليد هادئاً وغير متقطع الى غير ذلك مما أوضحناه

ولم يشر القانون المدنى الى مدد أخرى يمكن اكتساب الحقوق العينية العقارية بها خلاف هادتين المادتين . فهل يترتب على ذلك ان الحقوق العينية العقارية على اختلاف انواعها ومهما تباينت نوعتها واختلفت مصادرها خاضعة لهذه المادة ، أم ان هناك حقوقاً عينية عقارية ترجع في أحكامها الى أصول قررناها

فقهاء الشريعة الاسلامية مثل الوقف والارث؟ وبعبارة أخرى هل يسقط الوقف ويشملكه الغير بالتقادم بمضى المدتين المقررتين بالمادة ٧٦ مدنى؟ وهل يصح تملك المال الموروث بهاتين المدتين أيضاً؟ أم لا بد في تملك هذين الحقين، حق الوقف وحق الارث، من الرجوع الى ما قال به بعض فقهاء الشريعة الاسلامية في أن الدعوى فيهما لا تسمع بعد مضى ٣٣ سنة؟ (أو ٣٦ سنة كما يقول البعض الآخر)

ان هذه النظرية نظرية تقادم الوقف والارث بمدة ١٥ سنة وخمس سنوات، أو عدم جواز سماع الدعوى فيهما بعد مضى ٣٣ سنة على وضع يد الغير، قد أثارت ثائرة الفقه والقضاء بمصر. وكان لها من الشأن بقدر ما للوقف والارث من الاهمية الاقتصادية العقارية بمصر. ولذا رأينا هنا ان نتعرف على مصادر هذا الخلاف القائم بشأن مدد التقادم فيها، هل هي مدد القانون المدنى، ام مدد الشريعة الاسلامية، متلبيين في ذلك اصولها الاولى، ومبلغ أثر القانون المدنى الحاضر في تقرير قواعده واصوله وضرورة تمشي هذه القواعد والاصول على الانظمة القانونية الحاضرة سواء كانت ترجع في أصلها الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية، أو الى الاصول المصرية المبحث

وبعد الانتهاء من هذا البحث نمود للتكلم على التقادم القصير بخمس سنوات

§ ١ - في سقوط دعوى الميراث والوقف والتقادم

٣٨١ - ياد بدعوى الميراث^(١) الدعوى التى يوجهها الوارث قبل الورثة يطالبهم فيها بنصيبه فى الميراث وفى هذه الحالة يجب عليه أن يثبت أمرين أولاً: كونه وارثاً بالطريقة الشرعية. ثانياً. أنه لم تمض المدة القانونية المانعة من سماع الدعوى فيما اذا دفع ضده التقادم

أما كونه وارثاً بالطريقة الشرعية فهذا هو ما يفصل فيه القضاء الشرعى دون غيره (المادة ٥٤/٧٧ مدنى) ولا عبرة بأى حكم صادر من محكمة أخرى

أهلية أو أجنبية من شأنه أن يؤثر على حقه في الارث . فإذا صدر حكم من محكمة الجنايات على الوارث بأنه قاتل لمورثه فلا يتقيد القضاء الشرعى به بل يجب اثبات القتل شرعاً أمامه . فإذا لم يثبت أصبح وارثاً و جاز له أخذ نصيبه في التركة . أى يعتبر قاتلاً وغير قاتل . وكذلك العكس اذا حكم ببراءته من القضاء الاهلى أو الاجنبى واعتبر قاتلاً بالقضاء الشرعى

وأما المدة القانونية المانعة من الارث ففيها تفصيل لا بد منه حتى يتجلى القول فيها فلا يدع الشك يحوم حولها . ويتناول البحث هنا ثلاثة مسائل : (١) التقادم فى الشريعة الاسلامية (٢) التقادم عند الخلفاء (٣) التقادم الشرعى بمصر — (٤) حكم القضاء الاهلى والمختلط فى التقادم الشرعى

المبحث الاول — التقادم فى الشريعة الاسلامية

٣٨٢ — الاصل فى الشريعة الاسلامية أنها لا تعرف التقادم أى مضي المدة المكسب او المسقط . أى أن الحق لا يزول ولا ينقضى بمرور الزمن . وهذا الاصل يرجع للحديث النبوى « ولا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » ولكن لما خيف على مصالح الناس من الفساد والتحايل الذى يجرونه فيما بينهم قرر فقهاء الفريعة مبدأ آخر متصلاً بالمبدأ الاول وهو مبدأ تخصيص القضاء بالزمان والمكان والمقصومة . بمعنى أنه يجوز للحاكم فى توليته القاضى القضاء أن يعين الازمنة والامكنة وأنواع الخصومات التى لا يخرج عنها فى حكمه ^(١) أى يجوز للحاكم أن يقرر منع التقاضى من مباح الدعوى اذا مضى زمن يقرره هذا الحاكم ولم يكن لدى صاحب الحق مانع يمنعه من قبل فى تقاضى حقه . أما اذا كان لديه مانع حال دون المقاضاة فلا يسقط الحق طال ما طال ^(٢) والحق فى ذاته لا يسقط انما يمنع صاحبه من التقاضى به . وعلى ذلك اذا جاء الخصم واعترف بالحق لصاحبه بعد

(١) المعاملات لآبى الفتح بك ج ١ ص ١٠٤ و ١٠٥ والمادة ١٨٠١ من المجلد ٢ ص ٥٥٧

(٢) المجلد ٢ ص ٣٧٧ — ٣٧٨ وهو تمهيد لقاعدة ١٦٦٠ من المجلد

مضى الزمن المضروب بمعرفة الحاكم قضى بالحق لصاحبه . وأما إذا أنكر فيمنع القاضى من سماع دعوى المدعى أى من سماع أدلته فى اثبات الحق ^(١)

المبحث الثانى — التقادم عند الخلفاء

٣٨٣ — قد اختلف الفقهاء فى تعيين المدة التى لا تسمع بعدها الدعوى فجعلوها ٢٠ سنة و ٣٣ سنة و ٣٦ سنة . وكان من شأن هذه الاختلافات اضطراب فى الاحكام ورفع لطمأينة عن الافراد . لذا قرر السلطان سليم العثمانى الذى تولى الحكم سنة ١٥١٧ أن يجعل هذه المدة ١٥ سنة . أى أنه قرر بحكم مبدأ التخصيص بالإيمان والمكان والخصومة ، بأن منع القاضى من سماع دعوى صاحب الحق اذا ظل بدون عذر شرعى كانع ماذى أو أدبى أو طبيعى (مثل فقد الاهلية) وهو لا يطالب بحقه ^(٢) وعلى ذلك يكون مرور الزمان الشرعى مبنياً على أمرين : الاول حكم اجتهادى نص عليه الفقهاء . والثانى أمر سلطانى يجب على القضاة اتباعه ^(٣) لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضى عليها ١٥ سنة بدون عذر . والقاضى وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله ، فاذا خصص له تخصص واذا عمم تمم ^(٤)

واذا مضى على الدعوى ١٥ سنة وأمر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمع حتى ولو كانت قد تركت بدون عذر من جانب صاحب الحق . اما اذا مضى عليها ٣٠ سنة بلا عذر فلا تسمع وان امر السلطان بسماعها . والفرق بين هاتين الحالتين هو ان منع سماع الدعوى بعد ١٥ سنة مبنى على النهى السلطانى فمن نهى عن سماع الدعوى له أن يأمر بسماعها . واما عدم سماع الدعوى بعد ٣٠ سنة فهو مبنى على منع الفقهاء وليس للسلطان ان ينقضه لان امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا ^(٥)

(١) المجلة ج ٢ ص ٢٧٧ (٢) المدة ١٦٦٠ من المجلة ج ٢ ص ٣٧٩
(٣) المجلة ج ٢ ص ٢٧٨ (٤) المجلة ج ٢ ص ٣٧٨ (٥) المجلة ج ٢ ص ٣٨٧

ولما كان من المقرر عند فقهاء الشريعة ان دعوى الوقف لا تسمع بعد مضي ٣٣ سنة فقد الحقوا بها دعوى الميراث . وتقررت بالدولة العلية مدة ١٥ سنة لسقوط جميع الحقوق بما فيها الارث واصل الوقف^(١)

المبحث الثالث - التقادم الشرعي في مصر من الوجهة التشريعية

٣٨٤ - ولما دخلت مصر تحت حكم الدولة العثمانية تمشت عليها قوانين هذه الدولة فعمل بمصر في امر عدم سماع الدعوى باتباع المدتين ١٥ سنة و٣٣ سنة وقد صدرت لأئحة المحاكم الشرعية في ١٧ يونيو سنة ١٨٨٠ وورد بالبند ١٤ منها ما يأتي : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشر سنة مع تمكن المدعى من المرافعة وعدم المذر الشرعي له في اقامتها الا في الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاثة وثلاثون سنة مع التمكن وعدم المذر وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة »

ولما صدرت اللائحة الشرعية التالية لها في ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ ورد بالبند ٩٦ منها ما يأتي : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من المرافعة وعدم المذر الشرعي له في اقامتها الا في الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم المذر الشرعي وهذا كله مع الانكار للحق في تلك المدة »

وأخيراً صدرت اللائحة الشرعية الحاضرة وهي بقانون ٣ يوليو سنة ١٩١٠ رقم ٣١ وجاء بالمادة ٣٧٦ منها ما يأتي : « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم المذر الشرعي له في عدم اقامتها الا في الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاثة

(١) المادة ١٦٦٠ ج ٢ من ٣٧٩ من المجلة - استتلف ٤ يناير سنة ١٨٩٤ ح ٩ ، ص ٧٣ والقضاء المصري الاهلي لجلال بك الهادي جزء أول وثان ص ٦٣٥ نبذة ١٧٨٨

وثلاثين سنة مع التحكّن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانتكاس للحق في تلك المدة »

ويتلخص مما سبق أن دعوى الارث أى مطالبة الوارث لوارث آخر يمنع من سماعها بعد مضى ٣٣ سنة . وأما مطالبة الوارث لاجنبى فتسقط بمضى مدة ١٥ سنة^(١) وكذلك الحال في الوقف

ومما تقدم يرى أنه ثبت من طريق رسمى تشريعى ان المدة المكسبة أو المسقطه في القانون المصرى ابتداء من ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٠ اى قبل انشاء المحاكم الاهلية بثلاث سنوات وبعد انشاء المحاكم المختلطة بخمس سنوات ، هذه المدة هي ١٥ سنة عن جميع الحقوق سواء كانت المدة مكسبة او مسقطه ، ما عدا حق الارث والوقف فان المدة فيه ٣٣ سنة . هذا وقد قرر القانون المختلط الاخذ بمدة ١٥ سنة سنة ١٨٧٥ وقلده فيه القانون الاهلى ايضاً سنة ١٨٨٣ ولم يشر احدهما الى مدة ٣٣ سنة مطلقاً . وقررت المادة ١٠٢ مدنى مختلط بأن الملكية والحقوق العينية تسقط بمضى ١٥ سنة وكذلك فعلت المادة ٧٦ مدنى اهلى . ولما عد كل من القانونين الاهلى والمختلط اسباب التملك وجعل منها التقادم لم يذكر ا شيئاً عن مدة ٣٠ سنة . وكذلك فعلا عند ما ذكرنا ايضاً الموارث باعتبارها هي الاخرى سبباً في الملكية (٥٤ / ٧٧ مدنى) فان القانون المصرى لم يشر مطلقاً الى مدة ٣٣ سنة

انما اصر الشارع الشرعى على الاشارة الى مدة ٣٣ سنة في سنة ١٨٨٠ وسنة

١٩٠٧ وسنة ١٩١٠

فهل يستفاد مما تقدم ان الشارع المدنى (اهلياً كان او مختلطاً) يجهل التقادم بمضى ٣٣ سنة لانه لم يرد له ذكر بالمره بالقانون بأسباب التملك ، لا بالتقادم ولا بالموارث ، وانه على ذلك لا يعرف الا التقادم بمضى ١٥ سنة عن جميع الحقوق بما فيها الارث والوقف عملاً بالمادة ١٦٦٠ من المجلة المعمول بها بالدولة العلية ؟ ام

انه في تقريره بالمادة ٥٤/٧٧ مدني بالرجوع في حالة الموارث والوقف الى القوانين المحلية اراد بذلك فقط الرجوع الى احكام التقادم المقررة اما باللوائح الشرعية (اى لا ثمة سنة ١٨٨٠ التي كانت معروفة قبل انشاء المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣) واما بكتب الفقه الاسلامي المأخوذ بها قبل سنة ١٨٧٥ وهو تاريخ انشاء المحاكم المختلطة ، اى بالعرف القضائي الذي جرى عليه القضاء الشرعي المصري قبل سنة ١٨٧٥ ، وقبل المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ؟
هذان الرأيان هما محل النظر الآن وهما ما اخذ بهما القضاء الاهلي ، تارة بالاول وطوراً بالثاني

المبحث الرابع . التقادم الشرعي بمصر من الوجهة القضائية

(١) القضاء المختلط

٣٨٥ — اضطرر القضاء المختلط على اعتبار ان لا تقادم بالشرعية الاسلامية وان الحقوق لا تسقط فيها طال عليها الاجل ما طال ، وان حقوق الارث والوقف تمنع الدعوى فيها بمضى ٣٣ سنة وان المدة هذه لا تعتبر تقادماً^(١) انما تعتبر دفعة بمدد جواز نظر الدعوى^(٢) وسار القضاء المختلط مضطرباً في احكامه هذه لا يتغير. انما قال بعض الاحكام أن مضي المدة هذه يعتبر تقادماً مسقطاً^(٣) بالنسبة لصاحب الحق نفسه ، أى أن الحق زال عنه^(٤) ويتحرر المقار من الحق المقرر لصاحبه الاول عليه^(٥)

(١) Prescription (٢) Fin de non recevoir استئناف م ، م ت ق ،
Prescription extinctive (٣) ٢٨٥ ، ٢٥ — . ١٩٩ ، ٢١ — . ٢٧ ، ٢٩

(٤) م ت ق ، ١٦ ، ١٤٨

(٥) أنظر بحثاً في التقادم في الوقف لوضعه حلمي عيسى باشا بمجلة مصر الحديثة سنة ١٩٢٠ المجلد ١١ ص ٤٤٩ — ٤٧٥ . — وبحيثاً لوضعه فليپ عزيز بالمجلة ذاتها سنة ١٩٢١ المجلد ١٢ ص ٢٠٩ — ٢٢٢ ومن ٢٩٩ — ٣١٧ . وبحيثاً للاستاذ على زكي بك المراني بالمجلد نفسه ص ٣١٨ — ٣٤٦ . — وبحيثاً ليوستف بك ذو الفقار بمجلة جازيت المجلد الاول سنة ١٩١٠ ص ٩١١ وما بعدها

(٢) القضاء الاهلي

٣٨٦ — ميز القضاء الاهلي بين حالتين ، الوقف والميراث

الحالة الاولى : حالة الوقف

٣٨٧ — للقضاء الاهلي فيه رأيان : رأى يقول بأن الوقف لا يزول بمضى مدة ١٥ سنة . ورأى يقول بأنه يزول بمضى ١٥ لا بمضى ٣٣ سنة

٣٨٨ — الرأى الدول للقضاء الاهلي فى الوقف : يقول بزوال الوقف بمضى ٣٣ سنة لا بمدة ١٥ . وحجته فى ذلك ما يأتى :

(١) ان عدم النص على زواله بمدة ٣٣ سنة بالقانون الاهلي يفيد أن الشارع أراد الرجوع الى حكم الشريعة الاسلامية التى تقرر زواله بمضى ٣٣ سنة
(٢) الوقف من الشريعة فن الصواب افتراض أن الواقف أسس الوقف اتباعاً لمبادئها . وليس من العدل تطبيق قانون مخالف لقصد الواقف ، بل من العدل فى الاخذ بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية الرجوع الى الشريعة
(٣) ان الشريعة لم تقرر الملكية بالتقدم وعلى ذلك يكون تملك الوقف بالتقدم مخالف لاحكام الشريعة

(٤) ان فى اباحة تملك العقار الموقوف مذهب بفائدة الوقف (١)

ولا يزول الوقف بمضى ٣٣ سنة لو اعترف الخصم بوجوده (٢)

٣٨٩ — الرأى الثانى للقضاء الاهلي فى الوقف : يقول هذا الرأى بسريان التقدم بمضى ١٥ سنة على الوقف لا بمضى ٣٣ سنة . وحجته فى ذلك :

(١) استئناف ٢٣ فبراير سنة ٩٠٥ مجلة الاستقلال المجلد ٤ ص ٣٠٦ . — المجموعة الرسمية سنة ٩٠٥ ص ٢١١ . — قضاء المحاكم الاهلية . لميائى ص ٤٣٥ نية ١٩٧٦ . — تعليقات جلال على القانون المدنى ص ٦٠ نية ٣٨ و ٣٩ و ٤١ ص ٥٦ ن ٦ و ٧ و ٨ . استئناف مارس سنة ٩٢١ المجموعة الرسمية سنة ٩٢١ ص ٤٧ عدد ٢٢
(٢) استئناف ٢٩ يناير سنة ٩١١ المجموعة ٩١١ ص ١٤٩ . — قضاء المحاكم الاهلية لميائى ص ٤٣٦ ن ١٩٧٧

(١) لا يوجد بقانون المحاكم الاهلية (والمختلطة) نص يقضى بعدم جواز امتلاك الوقف بالتقدم بمضى ١٥ سنة . انما الذى ورد بالقانون هو عدم جواز امتلاك الاملاك المخصصة للنفعة العامة بمضى المدة

(٢) ان الشريعة عينت مدة لمنع سماع الدعوى . فعينت ١٥ سنة للدعاوى العادية و٣٣ سنة لدعوى الوقف والارث . فهى اذن قد جعلت للزمن أثراً شرعياً على وجود الوقف

(٣) متى كانت الدعوى من اختصاص المحاكم الاهلية وجب أن يسرى قانونها عليها . والقانون لم يميز بين الاعيان الموقوفة وغير الموقوفة

(٤) ان زوال ملكية الوقف لا يتصل بأصله حتى يقال بزوال اختصاص القضاء الاهلى عنه

(٥) ان المادة ٧٦/١٠٢ مدنى قررت سقوط الملكية وجميع الحقوق العينية بمضى ١٥ سنة دون التمييز بين حق وحق^(١) وهذا رأى هو الاوجه والذى نراه الارجح وعلى الاخص فانه يتفق مع النزعة التشريعية العالمية الحاضرة فى أنها تمت كل ما من شأنه قتل الحركة الاقتصادية أو شلها بقيود تذهب بمزية نمو الدورة الاقتصادية . ولقد أصبح نظام الوقف فى العصر الحاضر من النظم التى لا يرغب فيها الشارع لاسباب اقتصادية وأخلاقية . وقد آن لهذا الشارع ان أراد استبقاءه أن يعمل على ترتيب أحكام له تتفق مع العصر الاقتصادى الحاضر . واذا كان الامر كذلك وجب على القضاء أن يعمل ما من شأنه التمهيد لهذا التشريع الجديد فلا يقضى بسقوط الوقف بمدة ٣٣ سنة بل يقضى بمدة ١٥ سنة وذلك برغم اتفاق فقهاء الشريعة على ٣٣ سنة وعدم اختلافهم فيها . وهذا بخلاف مدة التقدم

(١) استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ مجلة المحاكم مجلد ١٥ ص ٢١٩ . — تعليقات جلال على القانون المدنى ص ٦٠ نبة ٣٧ — استئناف فى ٢٥ مايو سنة ١٩٠٨ الحقوق مجلد ١٢ ص ٩٧ — كتاب القضاء المصرى الاهلى للجلال بك المحامى ج ٣ ص ٤٠ و ٨٥٢ نبة ٢٤٤٧ . — حكم استئنافى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٢٩ ص ١١٠ مشار اليه بكتاب مجموعة الاحكام لمحضى بك السيد فى القانون المدنى ص ٦١ نبة ٣٠٨

في دعوى الارث فاتهم اختلفوا في مدة سقوطها اذ قال بعضهم ٣٣ سنة والبعض الآخر ١٥ سنة كما سيجي . على أن مدة ١٥ سنة هذه المقررة لسقوط الحقوق أصبحت هي الاخرى طويلة بالنسبة للعصر الحاضر لانها تقررت في القرن السادس عشر أى عقب ولاية السلطان سليم العثماني سنة ١٥١٧ في الوقت الذي لم تعرف فيه الحركة الاقتصادية السريعة المعروفة الآن . ومن أهم عوامل تقصير آجال التقادم سهولة المواصلات ونشر المدنية وتعميم المعارف على الافراد . لان من شأن ذلك كله أن يجعل المالك بحيث لا يكون بعيداً عن ملكه فاذا بمد عليه مادياً فمن السهل عليه الاشراف على ملكه بالمكاتب في قطع مدة التقادم بأى وسيلة . ولذا كان قد كولين وكابتان بحق في طول مدد التقادم كما بينا ذلك في مكانه

الحالة الثانية . حالة الميراث ومقارنة القضاء الاهل

والقضاء المختلط وآراء رجال الفقه الاسلامي

- ٣٩٠ — للقضاء الاهل وجهتان من النظر من حيث التفرقة بين مدتي ١٥ سنة و ٣٣ سنة . وللقضاء المختلط وجهة مندمجة في وجهة النظر الثانية للقضاء الاهل :
 ٣٩١ — وبمرة النظر الاولى . يقول القضاء الاهل في طريق أخذه بالتفرقة بين ١٥ سنة و ٣٣ سنة أنه يجب التمييز بين نوعين من الدعوى المرفوعة بالميراث . النوع الاول . اذا رفعت الدعوى من الوارث على وارث : في هذه الحالة تسقط الدعوى بمضي ٣٣ سنة — النوع الثاني اذا رفعت الدعوى من الوارث على أجنبي . في هذه الحالة يجب الاخذ بمضي مدة ١٥ سنة ^(١) ويلحق القضاء الوصية بالارث ^(٢)

(١) استئناف ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ الحقوق ٣٥ ص ٥٩ — حكم ابتدائي ٢١ يونيو سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ المجموعة سنة ١٩٢٠ ص ١٥٣ عدد ٩٤ — القضاء المصري الاهل لجمال بك المحامي المجموعة الثانية سنة ١٩٠٩ — ١٩١٩ ص ٣٨٢ بنه ١٠٤١ و ١٤٠٢ — تطبيقات جلال على القانون المدني ص ٥٦ ن ٧ — وس ٦٠ ن ٤٠ . انظر مقالا بمجلة جازيت سنة ١٩١٦ — ٩١٧ المجلد ٧ ص ٧٨ — ٧٩ لواءه الاستاذ اسكندر لسكح في التقادم بثلاثة وثلاثين سنة في مسائل الارث .

(٢) حكم استئنافي ٤ يناير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٧٣ — مجموعة جمال الاول ص ٩٣٥

٣٩٢ - وميزة النظر الثانية : وجهة النظر الثانية هذه يقول بها القضاء المختلط والقضاء الاهلى : وهى تنحصر فى التفرقة ، عند الاخذ بأحدى المدين ١٥ سنة أو ٣٣ سنة بين دعوى الارث ودعوى الملكية . وللقضاء المختلط والقضاء الاهلى طريقتان فى التفرقة بين هاتين الدعويتين ، وكل طريقة تنتهى منها بنفس النتائج التى تنتهى بها الثانية . ولكن هل هى هى بمعنىها نفس النتائج التى تنتهى بها وجهة النظر الأولى ؟

٣٩٣ - ١ - طريقة القضاء المختلط فى التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى الارث : يقول هذا القضاء أن لدعوى الميراث ^(١) صفتان لاصقتان بها . الصفة الاولى كونها دعوى شخصية ^(٢) أى أنها دعوى يطالب فيها المدعى القاتل بالوراثة الحكم له بأنه وارث وتعيين نصيبه فى التركة ان كان النصف أو الثلث الخ . - والصفة الثانية كونها دعوى عينية ^(٣) أى المطالبة بتثبيت ملكيته لنصيبه الشرعى المقرر له فى الحالة الاولى

ورتب القضاء المختلط على هذين الوصفين الهامين لدعوى الارث النتيجة الهامة الآتية . قال بأن دعوى الارث بصفتها الاولى فى كونها شخصية هى من اختصاص القضاء الشرعى . وأما بصفتها الثانية فى كونها عينية فهى من اختصاص القضاء العادى المدنى غير الشرعى ^(٤) وعلى هذه النتيجة رتب هذا القضاء المختلط النتيجة الآتية وهى : أن المادة ٩٦ من لأئحة المحاكم الشرعية الصادرة فى ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ التى قررت منع مماع دعوى الارث بعد ٣٣ سنة انما قررت دفعاً بعدم جواز نظر الدعوى ^(٥) ولم تقرر التقادم المكسب أو المسقط ^(٦) وعلى ذلك

ن ١٧٨ وهو حكم مطول أى على تفصيل واف لتقدم فى حكم الشريعة الاسلامية وآراء رجال الفقه فيه

Action personnelle (٢) Action en pétition d'hérédité (١)

Action réelle (٣) (٤) استئناف ٢٧ مايو سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ص ٣١١

والاحكام الواردة بالامامش ٣ (٥) Fin de non recevoir (٦) Prescription

لا تأثير لهذا الدفع الشرعى على الدفع بالتقادم لان عدم الجواز هذا دفع شرعى راجع للقضاء الشرعى ، والدفع بالتقادم دفع مدنى راجع للقضاء الاهلى . وعلى ذلك يجوز أمام القضاء المدنى التمسك بالتقادم وهو لا يكون الا بعدة ١٥ سنة ، ضد التركة نفسها أى ضد الورثة الممثلين للتركة ، ويجوز للدائن المرتهن وهنا رمزياً لعقار مملوك بالتقادم التمسك هو الآخر أيضاً بعدة ١٥ سنة

وعما مر هل تتفق النتيجة القانونية لوجهة النظر للقضاء المختلط هذه مع وجهة النظر الاولى للقضاء الاهلى ؟ لا تتفق النتيجة فيهما . لان رأى الاول الاهلى يقول كما رأينا يسقط حق الوارث بمضى ٣٣ سنة لا بمضى ١٥ سنة في حالة النزاع في الملكية . ولكن القضاء المختلط يقول كما لاحظنا ذلك ، بأن حق الوارث قبل الوارث يسقط بمدة ١٥ سنة لا ٣٣ سنة اذا كان النزاع خاصاً بالملكية لا بالنصيب الشرعى في الميراث

٣٩٤ - ٢ - طريقة القضاء الاهلي في التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى

الرب : يستند هذا القضاء في تلك التفردة الى أصلين شرعيين والى المادتين ٥٨٨ من قانون العدل والانصاف ، والمادة ٣٧٦ من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة في ٣ يوليو سنة ١٩١٠ . أما الاصلان الشرعيان فهما المستفادان من المادتين المذكورتين ، لان أولهما يقضى بعدم سقوط الحق بتقادم الزمان ويقضى ثانيهما بتخصيص القضاء بالزمان والمكان والخصومة . وقد بينا ذلك في مكانه . وأما المادة ٥٨٧ من قانون العدل والانصاف فهي ما يأتي : « الحق لا يسقط بتقادم الزمان . فلو وضع شخص يده على دار أو أرض أو غيرها مدة سواء طالت المدة أو قصرت وهو معترف بأنها ملك فلان فانه يؤمر بردها اليه اذا طلب فلان ذلك . وان كان منكراً بأنها ملك فلان ، وفلان يدعى أنها ملكه ، ينظر ان كان مضى على وضع يده خمس عشر سنة فأكثر لا تسمع الدعوى الا في الارث والوقف وعند وجود عذر شرعي . لكن في الارث والوقف انما تسمع الدعوى بعد مضى هذه

المدة اذا لم يمض على وضع اليد ثلاث وثلاثون سنة . أما اذا مضى ذلك فلا تسمع دعوى الارث والوقف أيضاً الا عند وجود عذر شرعى » وأما المادة ٣٧٦ من اللائحة الشرعية الصادرة سنة ٩١٠ فقد سبق لنا ذكرها بالنص ، اذ نصت على سقوط الحق بمضى ١٥ سنة الا فى الارث والوقف فيسقط بمدة ٣٣ سنة

واستنتج هذا القضاء من ربط المادتين ببعضهما البعض ومن المادة ٥٤ مدنى الخاصة باتباع أحكام الشريعة فيما يتعلق بالمواريث ، ومن المادتين ٧٦ و ٢٠٨ مدنى الخاصتين بسقوط الحقوق العينية والشخصية بمدة ١٥ سنة ، استنتج من ذلك كله ان دعوى الملكية الآيلة عن الارث تسقط بمضى ١٥ سنة ، وان دعوى الارث فى ذاتها تسقط بمدة ٣٣ سنة . وانه على ذلك يجب على القضاء الاهلى أن لا يأخذ بغير المادتين ٧٦ و ٢٠٨ فى حالة الملكية بسبب الارث (أو بغير سبب الارث) وانه يحرم عليه فى هذه الحالة الرجوع الى قوانين وشرائع أخرى ^(١)

وقرر هذا القضاء بأنه « قد ورد فى كتب الفقه أن الدعوى فى الملكية الآيلة عن ارث أو شراء أو هبة ونحو ذلك لا تسمع اذا مضى على وضع اليد خمس عشرة سنة ، وكان واضع اليد منكرآ لحق المدعى » ثم أشار بمد ذلك الى تنقيح الفتاوى الحامدية والمبسوط ورد المختار على الدر المختار

هذا فى القضاء نتيجته هو نفس القضاء المختلط فى نتيجته أيضاً ، اذ يتفق هذان القضاءان ، القضاء المختلط ، والقضاء الاهلى ، فى وجهة النظر الثانية ، أى أن دعوى الملكية تسقط بمدة ١٥ سنة مهما كان سببها ومهما كان الحصر فيها وارثاً كان أو أجنبياً . وهذا يخالف الرأى الاول للقضاء الاهلى ، الذى قصر سقوط الدعوى بمدة ١٥ سنة على حالة مخاصمة الوارث للأجنبي من التركة

والذى نرجحه نحن هو هذا الرأى الثانى لانه يتفق مع النصوص القانونية

(١) استثنائ ١٣ فبراير سنة ٩١٧ المجموعة سنة ٩١٧ المجموعة سنة ٩١٧ ص ١٥٧

رقم ٩٠ وهو حكم مطول وهام

المدينة أهلية ومختلطة ويتفق أيضاً مع النصوص التشريعية الشرعية ومع رأى بعض فقهاء الشريعة الاسلامية

أما من حيث الاتفاق مع النصوص التشريعية الشرعية فإن المواد الواردة باللوائح المختلطة الخاصة بالمحاكم الشرعية قد أشارت الى ١٥ سنة والى ٣٣ سنة ولم تفرق في اشارتها الى ١٥ سنة ان هذه المدة لا تتمشى على دواوى الميراث الخاصة بالمطالبة بمال أبى حق مالى له أثر في نزوة الانسان أى ماله . نعم ولو أنها لم تشر أيضاً في ذكرها لمدة ٣٣ سنة الى انها خاصة بحالة اثبات صفة الورثة فقط لا الى المطالبة بحق مالى ، الا أن المفهوم أن القضاء الشرعى ممنوع عملاً (لا قانوناً أى من الوجهة التشريعية البحث لعدم وجود النص) من القضاء فى الحقوق المالية الخاصة بالتعامل المدنى وغيره ، الا اذا تعلق هذا الحق بحق شرعى فى أصله والفصل فيه يرجع الى القضاء الشرعى كالمطالبة بمؤخر الصداق أو الحضنة أو النفقة (على أننا نلاحظ أنه فيما يتعلق بمؤخر الصداق فالفصل فيه للقضاء الاهلى اذا كان المؤخر ثابتاً بسند . أما اذا تناول النزاع الزوجية وجوداً وعدمها خرج النزاع من حظيرة القضاء الاهلى فيما يتعلق بالزوجية . وأما الحضنة وأجرتها فهى من اختصاص القضاء الشرعى المحض . وأما النفقة فانه قد سبق أن رأينا انها أصبحت هى الاخرى مقررة بالنصوص المدنية فوق تقريرها بالنصوص الشرعية « المواد ١٥٤ — ١٥٧ / ٢١٦ — ٢١٩ مدنى » وعلى ذلك تؤيد القضاء المختلط فيما ذهب اليه من أن دعوى الميراث اذا رمت الى المطالبة بحق وجب رفعها امام القضاء المدنى . وفى هذه الحالة يجب الاخذ بمدة ١٥ سنة . وأما اذا أريد بها مجرد اثبات الورثة وجب رفعها أمام القضاء الشرعى . وفى هذه الحالة يؤخذ بمدة ٣٣ سنة . ولكن ربما يحصل التساؤل فيما يأتى : علام هذه الدعوى فى اثبات الورثة لجرد اثبات كون المدعى وارثاً للمتوفى ما لم يكن الغرض منها غرضاً مالياً ؟ أليس كل دعوى ارث اتما ترمى فى الحقيقة الى المطالبة بنصيب فى التركة ؟ واذا كانت كل دعوى ارث هى دعوى مالية اذ تستحيل الى مال حتماً فيجب أن تسقط بمضى ٣٣

سنة لا بمضى ١٥ سنة ، لانه لا معنى الآن لهذه التفرقة ما دام أن دعوى الارث هى دائماً وأبداً دعوى مالية ؟ هذا الاعتراض فى محله لو كانت كل دعوى ارث مالية حتماً . ولكن هناك من دعاوى الارث ما لا ينصرف الى مال ضرورة بل يكون الغرض منها مجرد اثبات الورثة للمتوفى لاغراض شتى : مثلاً لان مدعى الورثة انما يريد أن يفرض بانتسابه الى المورث المتوفى باعتبار هذا الاخير من طبقة الاشراف أو الحاكين فيصيب بذلك فوائد أدبية لا تخفى . ومنها أيضاً أن مدعى الورثة انما يريد بها أن يكون وارثاً لفلان حتى يكون كفتاً للزوج من الاسرة الفلانية . والكفاءة شرط من شروط الزواج شرعاً

اذا علم ذلك وجب علينا الاشارة أيضاً الى ما قرره علماء الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بسقوط دعوى الارث بمضى المدة . ذلك لانهم وإن اتفقوا فى سقوط دعوى الوقف بمدة ٣٣ سنة الا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بالارث اذ قال بعضهم بسقوطها بمدة ١٥ سنة واليك البيان :

جاء بكتاب ابن طابدين ج ٤ ص ٣٥٦ طبعة سنة ١٣٢٥ هـ ما يأتى : (فروع) « القضاء مظهر لا مثبت ويشخص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ . قلت فلا تسمع الآن بعدها الا بأمر الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى . وبه أفتى المفتى أبو السعود فليحفظ » هذا هو المتن الذى ورد بهامش الصفحة ٤٥٦ . واليك الآن ما قرره ابن طابدين نفسه فى شرحه لهذا المتن . قال : « (لا تسمع الآن بعدها) أى لنهى السلطان عن سماعها بعدها . فقد قال السيد المحوى فى حاشية الاشباه : أخبرنى أستاذى شيخ الاسلام يحيى افندى الشهير بالمنتقارى أن السلاطين الآن يأبسون قضائهم فى جميع ولاياتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضى خمس عشرة سنة سوى الوقف والارث اهـ . وتقل فى الحامدية فتاوى من المذاهب الاربعة بعدم سماعها بعد النهى المذكور ^(١) »

وقال ابن مابدين أيضاً ص ٣٥٦ — ٣٥٧ ما يأتي : « قوله الا في الوقف والارث ووجود عذر شرعي » استثناء الارث موافق لما مر عن الحموي ولما في الحامدية عن فتاوى احمد افندي المهنداري مفتي دمشق انه كتب على ثلاثة أسئلة انه تسمع دعوى الارث ولا ينمها طول المدة . ويخالفه ما في الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والفائب ومقتضاه ان الارث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة . وقد نقل في الحامدية عن المهنداري أيضاً أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الارث بعد بلوغها خمس عشر سنة بلا عذر ان الدعوى لا تسمع الا بأمر سلطاني . ونقل أيضاً مثله فتوى تركية عن المولى أبى السعود وتعريها . اذا تركت دعوى الارث بلا عذر شرعي خمس عشر سنة فهل لا تسمع ؟ الجواب لا تسمع الا اذا اعترف الخصم بالحق ونقل مثله شيخ مشايخنا التركمانى عن فتاوى على افندي مفتي الروم . ونقل مثله أيضاً شيخ مشايخنا السامحاني عن فتاوى عبد الله افندي مفتي الروم . وهذا الذي رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه وردنهي جديد بعدم سماع دعوى الارث والله سبحانه أعلم » اهـ

هذا ونضيف الى ما تقدم أن طول المدة في التقادم مما يتعارض في الاوقات الحاضرة مع النهضة العملية القانونية وان علماء القانون يميلون الى تقصير آجال التقادم . ولا معنى البتة في تقرير مدتين في سقوط الحقوق بشأن التركة . وان قيل بأن يد الوارث المدعى عليه كانت يداً نائبة لا يداً مالكة وان ذلك هو السبب في اطالة مدة التقام وجعلها ٣٣ سنة ، فلا يعبأ بهذا القول . لانه في حالة ما اذا كانت اليد نياية فلا تملك مهما طال الأجل ما دامت نية التمليك منعقدة . وأما اذا تغيرت اليد من يد نائبة الى يد مالكة ، وأمارات التغير كثيرة ، فان واضع اليد يملك بمدة ١٥ سنة من تاريخ تغير النية وهذا ظاهر ^(١)

(١) أنظر في كل تقدم ما يأتي : الالتزامات ص ٥٢٨ — ٥٤٠ نبذة ٥٤٥ — ٥٦٢ التقادم في الوقف للحلي بإشاع عيسى بمجلة عصر المعصرة مجلد ١١ سنة ١٢٠٩ — ٤٤٩ — ٤٧٥ — ومقال ف . عزيز بالمجلد ١٢ سنة ١٢١٠ ص ٢٠٩ — ٢٣٢ و ص ٢٩٦ — ٣١٧ — ومقال

و - ٨ التقادم القصير

بخمس سنوات

٣٩٥ - هذا التقادم يسمى بالتقادم الخمسي^(١) وهو المنوّه عنه بالمادة ١٠٢/٧٦ مدني حيث قررت «تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية^(٢) لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو وكيل عنه بغير منازع^(٣) مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك^(٤) بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح^(٥) فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية الا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » والفقرة الاولى من هذه المادة تقابل المادة ٢٢٦٥ مدني فرنسي . اذ جعلت المدة ١٠ سنوات و ٢٠ سنة على حسب ما اذا كان المالك الحقيقي مقبلاً بدائرة محكمة الاستئناف الموجود به العقار أو خارجاً عن دائرتها . وزادت المادة الفرنسية عن المادة المصرية بأن قالت بحسن نية واضع اليد مع السبب الصحيح . وسنرى أن السبب الصحيح يقتضي حتماً حسن النية . وهذا التقادم القصير لا ينطبق الا على العقارات . وشروطه السبب الصحيح وحسن النية . وهما اذا توافرا لدى واضع اليد كان أهلاً وجديراً برعاية القانون

ولم هذه العناية ؟ وما السبب في تقريرها للمشتري من غير مالك اضراراً بالمالك الحقيقي ؟ السبب في ذلك يرجع الى نظرية التفاضل بين شخصين كلاهما جدير بحماية القانون : المالك الحقيقي الذي تخلى عن ملكه خمس سنوات . والمشتري الذي

لدى ذكرى الراي بك بالمجلد نفسه ص ٣١٨ - ٣٢٩ - ومقال ليوسف بك ذو الفقار بمجلة المجازات مجلد ٢ ص ٩٥ - ومقال للاستاذ اسكندر لكح الخايمي بالمجلة نفسها مجلد ٧ ص ٨١

(١) Prescription quinquennale ويسمى أيضاً Usucapion de cinq ans

(٢) La propriété et les droits réels s'acquièrent

(٣) par une possession paisible, publique et continue

(٤) à titre non équivoque de propriétaire

(٥) Juste titre

اشترى بحسن نية من بائع اعتقد فيه أنه مالك ، وظل واضعاً يده خمس سنوات . فاذا وازنا بين الشخصين وأيهما أجدر بحماية القانون رأينا المشتري هو اللاحق بها . لأن الخطأ وقع من جانب المالك في تخليه عن عقاره ، ولم يقع خطأ ما من جهة المشتري ^(١) وحماية الشارع للمشتري بحسن نية متوقعة على مضي خمس سنوات . فاذا لم تمض فضل الشارع المالك الاصلى على المشتري . ولزمن أثر ظاهر لدى الشارع في تأييد الحقوق وتثبيتها

§ ١ - في السبب الصحيح

٣٩٦ - لا يراد بالسبب الصحيح السند المملك ^(٢) بل يراد به نفس العملية القانونية التي انتقلت الملكية بمقتضاها ^(٣) أو انتقلت بها الحقوق العينية العقارية كما نصت بذلك المادة ٧٦ المذكورة ، وانه ما كان ينقص هذه العملية سوى أن تكون حاصلة بين المشتري والمالك الحقيقي . وعلى ذلك اذا صدر البيع أو الهبة أو البديل من غير المالك ^(٤) فلا يصبح المشتري أو الموهوب اليه ، أو الطرف الثانى لبديل مالك محل العقد . ولكن العقد ، أو العمل القانونى ، يصبح فى حكم السبب الصحيح الموصل لامتلاك بمضى المدة القصيرة فيما اذا وضع المشتري يده على العقار ^(٥)

وعلى ذلك متى يعتبر أن هناك سبباً صحيحاً ؟ ان المسئلة من الدقة يمكن حلها

(١) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٧ ن ١٣٢ — اما اذا كان المشتري سيئ النية ، فان الخطأ واقع من الاثنين . ولكن الشارع مع ذلك يفضل المشتري اذا مضت عليه مدة ١٥ سنة
(٢) Écrit (٣) Acte juridique (٤) Non dominus

(٥) والسبب الصحيح هو العقد الذى من شأنه أن يكون صالحاً فى ذاته لنقل الملكية بصرف النظر عما اذا كان صادراً من المالك الحقيقي أو من سواه ويقطع النظر أيضاً عما اذا كان الصادر منه العقد متمتعا بأهلية التصرف أم لا مع اضافة سلامة نية المشتري : مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٣ — ويجب أن يكون العقد المكون للسبب الصحيح ثابت التاريخ : مرجع ص ٣٨٣ ن ١٣٨٥ — بور سميذ أول أكتوبر سنة ١٩١٦ م ر ١ ، ١٨ ص ٢٠ عدد ١٢ ، ح ٢٢ ص ٢٥٢ . مرجع ص ٣٨٤ ن ١٣٨٨ — دى هلس ج ٣ ص ٣٥٣ ن ١٢٢ — دى هلس ج ٣ ص ٣٥٤ ن ١٢٦ و ص ٣٥٥ ن ١٢٧ و ١٢٨

بسهولة إذا صادفت تشريعاً صحيحاً غير مشوب . فيجب القول بوجود سبب صحيح إذا توافرت لدى الشخص الشروط العامة لوضع اليد المفيد والصحيح ثم استقرت يده على العقار بطريقة منتظمة ، وكان ذلك عقب عقد بيع أو هبة أو بدل أو غير ذلك من العقود الناقلة للملكية بوجه عام ، وبحيث أن لا تشوب يده على العقار مظاهر الغاصب الذي يتحين فرصة خلو العقار عن يد تستغله فيستحله لنفسه . وبعبارة أخرى يجب أن لا يخرج السبب الصحيح عن اعتباره ركناً من أركان حسن النية أى أمارة على حسن النية ^(١) وهذا ما فعله الشارع المصرى بأن ذكر السبب الصحيح دون حسن النية ، ومع ذلك لا يمكن القول بالسبب الصحيح بهذا الوصف الذى أتينا به الا اذا كان هناك حسن نية (أما القانون الفرنسى فقد نص بالمادة ٢٢٦٥ على السبب الصحيح وحسن النية) . ولكن القضاء الفرنسى لم يرهذا الرأى ورأى ضرورة الاخذ بالشرطين . أى انه رأى ان السبب الصحيح ، باعتباره ركناً من أركان التملك بالتقادم القصير ، ركن مستقل عن حسن النية . وهو فى ذلك انما يجرى على أن لا يخرج عن التقاليد التى عرفت عند الشارحين للقانون الفرنسى القديم ، حيث أخذها هؤلاء الشارحون مما كتبه مفترعو الرومان فى هذا الصدد . وعلى ذلك يرى القضاء الفرنسى فى السبب الصحيح باعتباره شرطاً لازماً للتقادم الحسمى المقارى ، انه ركن قائم بنفسه مستقل عن حسن النية . ويرى هذا القضاء أنه لا بد فى العقد الذى وضع المتقادم به يده على العقار ، أن يكون عقداً مثبتاً للملكية أى منشئاً لها ^(٢) ، لا عقداً مظهراً لها أى مقررأ لها باعتبار وجودها السابق على العقد ^(٣) . وترتب على هذا القضاء النتائج الآتية :

٣٩٧ - ١ . — هل يعتبر الوفاء بوجه عام ^(٤) بمثابة السبب الصحيح ؟

Attributif (٢)

(١) كبايان ص ٩٠٤

(٢) Déclaratif (٣) ١٠٣ ، ١ ، ٩٤ ، ١٠٣ — ١٠٣ ، ١ ، ٩٤ ، ١٠٣ — ٢٥٣ ، ١ ، ٩٩ ، ١٠٣

(٤) ١٣٤ ، ١ — ١٣٤ ، ١ ، ٩٠١ ، ١٠٣ — ١٥٤ ، ١ ، ٩٠٦ ، ١٠٣ — ٢٥١ ، ١ ، ٩١٠ ، ١٧٢ ، ١٠٣

. Paiement (٤)

فاذا فرض وجاء وارث وظن خطأ أن مورثه أوصى بعقار لموصى اليه وسلمه فعلا العقار ، فهل يعتبر الوفاء من جانب الوارث ، أى تسليم العقار منه الى الموصى اليه ، بمثابة السبب الصحيح ، بحيث يمكن للموصى اليه تملكه بمضى المدة القصيرة ؟ لا يعتبر تسليم العقار بمثابة عقد ناقل للملكية ، أى سبباً صحيحاً . لان الملكية فى الوصية قد انتقلت للموصى اليه بوفاة الموصى . وأما التسليم الحاصل من الوارث فهو تسليم العقار بالذات أى نقل الحيازة من الوارث الى الحائز الجديد وهو الموصى اليه ، ولا يعتبر نقل الحيازة سبباً للتعميل ، أى عقداً ناقلاً للملكية

٢ . — لا يعتبر الارث^(١) فى ذاته سبباً صحيحاً موصلاً للتملك بالتقادم الجسمى العقارى^(٢) . فاذا وضع الوارث يده على عقار وجده بتركة مورثه وظن خطأ أنه يملك للمورث ، فلا يعتبر أخذه للعقار بسبب الارث هذا سبباً صحيحاً . واذا أريد هنا معرفة أين هو منبت السبب الصحيح ومكانه يجب البحث عنه فى شخص المورث نفسه . أى أن السبب الصحيح فى هذه الحالة هو العقد الناقل للملكية الذى امتلك المتوفى بمقتضاه ، سواء كان عقد بيع أو هبة وما الى غير ذلك من العقود الناقلة للملكية ولا تخرج المادة ٧٩ / ١٠٤ مدنى و ٢٢٣٧ فرنسى عن كونها مظهراً عملياً لهذه القاعدة ، لانها قررت أنه لا يجوز لورثة الحائز العرضى أن يملكوا بالتقادم

٣ . — لا تعتبر القسمة^(٣) سبباً صحيحاً^(٤) . لان القسمة بالقانون المصرى الاهلى (وفى المختلط بمذهب القضاء المختلط لا بالقانون المختلط) لا تعتبر عقداً مثبتاً للملكية بل هى عقد مظهر أى مقرر لا منشئ . (المادة ٤٥٧ / ٥٥٥ مدنى و ٨٨٣ فرنسى) وعلى ذلك اذا أريد معرفة أين هو السبب الصحيح فلا يبحث عنه فى عقد القسمة بل يجب البحث عنه فى العقد الاصلى الذى ملك به المالكون

(٢) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٦ ن ١٣٠

(٤) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٥ ن ١٢٩

(١) Succession

(٣) Partage

على الشيوع معاً كما اذا اشتروا معاً عقاراً بالاشتراك

٤. — بما أن الحكم مظهر للحق لا مثبت له ، أى مقرر ومؤيد لا منشئ^(١) فهو كمقد القسمة سواء بسواء^(٢) فإذا فرض وكأف هناك زيد وبكر وخالد . وكان المالك الحقيقي للمعار هو خالد . ثم تخاصم زيد مع بكر فخكم للاول بالملكية فى مواجهة بكر . فهل يعتبر هذا الحكم بمثابة سبب صحيح بالنسبة لخالد المالك الحقيقى ؟ لا يعتبر كذلك . فإذا رفع خالد الدعوى على زيد وطلب تثبيت ملكيته للمعار فليس يُرَد الادعاء بالتملك بالتقادم الخمسى العقارى فى وجه خالد المالك الحقيقى للمعار . واذا أُريد معرفة أين هو العقد بمثابة السبب الصحيح وجب البحث عنه فى العقد الاصلى الذى تملك به زيد المعار واستند فيه على ملكيته قبل بكر^(٣)

٥. — الصلح^(٤) : اذا تنازع اثنان على عقار وانتهى بهما الامر على التصالح فيما بينهما بأن ترك أحدهما المعار فى مقابل ما تقاضاه من الآخر عن المبلغ نظير هذا الترك ، ثم ظهر بعد ذلك أن المعار ليس مملوكاً لاحد منهما ، وجاء المالك الحقيقى وطلب تثبيت ملكيته للمعار ، فهل يجوز لمن أخذ المعار صلحاً أن يدفع الدعوى قبل المالك الحقيقى بالتقادم الخمسى العقارى ، باعتبار أن عقد الصلح السابق انما هو سبب صحيح موصل للتملك بمضى المدة هذه ؟ يقول الفقه المصرى بالسلب^(٥)

(١) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٦ ن ١٢٩

(٢) واذا رسا المزداد على نزع الملكية وبطل الحكم الصادر بمرسى المزداد عليه لسبب ما فلا يمكن التمسك باكتساب الملكية بوضع اليد بمحنة والسبب صحيح مدة خمس سنوات باعتبار حكم لبيع الصادر له كسب لانه لا يجوز أن يخلق نزع الملكية لنفسه سبباً صحيحاً : استئناف ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢ ص ٥٠١ عدد ١٦٩ ، مرجع ص ٣٨٣ ن ١٣٨٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩١١ ، ٢٠١ ، ٢٠٤ — انظر مع ذلك دى هلس (ج ٣ ص ٣٥٦ ن ١٢٩) اذ يرى أن أحكام مرسى المزداد متبر بطريقة استثنائية نافذة للملكية فيجوز اعتبارها سبباً صحيحاً . وكذلك يرى أيضاً فى الاحكام

لمصادقة على ما اتفق عليه الخصوم Jugements de convenu ou d'expédient

Transaction (٣) دى هلس ج ٣ ص ٣٥٦ ن ١٢٩ (٤)

ومثله القضاء الفرنسى^(١) وحجة هذا الاخير أن الصلح لم يخرج عن كونه مجرد الاقرار بالحق لاحد طرف عقد الصلح . وعلى ذلك فهو عقد مظهر للحق أى مقرر له لا منشىء . وفوق ذلك فإن المادة ٦٥٧/٥٣٥ مدنى تقرر بعدم جواز الطعن فى الصلح الا اذا شابته احدى الفوائب المعينة كالغش والغلط أى انه يعتبر كحكم حائز قوة الشيء المحكوم فيه كما نصت على ذلك بعبارة صريحة المادة ٢٠٥٢ مدنى فرنسى ولنفرض ان الشخص الذى استلم العقار بعقد الصلح بدلا من ان يدفع مبلغا من النقود قد سلم للطرف الآخر عقاراً فى مقابل اقرار خصمه له بملكيته للعقار المتنازع فيه . وظهر فيما بعد ان هذا العقار المقابل للبلغ ليس مملوكا لمن أعطاه . فى هذه الحالة يعتبر العقار المأخوذ فى مقابل المبلغ قابلا لان تحصل ملكيته بالتناقد الحمسى فى يد حائزه الاخير ، وهو الطرف الاخر فى عقد الصلح ، لانه انما تملكه بعقد ناقل للملكية أى عقد مظهر للحق لا مثبت له

٦ - العقد المعلق على شرط : ان كان الشرط توقيفاً فلا يعتبر العقد سبباً صحيحاً طالما الشرط لم يتحقق . وعلى ذلك لا يجوز لصاحب العقد التمسك بالمدة التى لم يتحقق فيها الشرط^(٢) ولا عبرة هنا بالاثر الرجعى للشرط . واذا تحقق الشرط فان المشتري لا يعتبر مالكا وقت تحققه كما انه لم يعتبر مالكا قبل تحققه لانه اشترى شيئاً مملوكا للغير وتعاقد مع غير المالك . أما وضع يده على المبيع فانه فى الحقيقة سابق لاوانه ولا يعتبر وضع اليد انه حاصل بمقتضى العقد ، ولكنه حاصل ضد العقد . وعلى ذلك لا يجوز احتساب مدة تحقق الشرط فى حساب الخمس السنوات . ولا تبدئ هذه المدة الا من وقت تحقق الشرط^(٣)

وان كان الشرط فاسخاً فان المشتري يعتبر واضعاً يده عند حصول العقد ، باعتباره مالكا . وعلى ذلك يجوز له ان يملك بالتناقد ضد المالك الحقيقى ، الا

(١) د ، ٦٥ ، ٤١ ، ٤٥٧ — س ، ٦٦ ، ١ ، ٧٣

(٢) أوبرى وروج ٢١٨ ن ٢١٨ ف ١٢ ، بلانيول ج ١ ن ٢٦٦٣

(٣) دى هلس ج ٣ ن ٣٥٤ ن ١٢٤

إذا تحقق الشرط الفاسخ فترول لديه آثار التقادم لأن العقد يفسخ إذا ذاك^(١)

٣٩٨ - السبب الصحيح والعقود غير الصحيحة : قلنا ان السبب الصحيح هو العقد الصحيح المملك تملكاً مئبناً . وما القول الآن بشأن العقد غير الصحيح^(٢) وهو العقد الذى لم يحصل طبقاً لشرط القانون ؟ فهل يعتبر هو الآخر بمثابة السبب الصحيح المملك بمضى المدة القصيرة ، أم لا يعتبر كذلك ؟ ان العقد لا يعتبر سبباً صحيحاً موصلاً للتملك الخمسى العقارى الا اذا كان صحيحاً مطابقاً لقانون . وهنا نرى ضرورة التكلم على العقد الباطل^(٣) والعقد الظنى^(٤) وهل يعتبران سبباً صحيحاً أم لا

(١) - فى العقد الباطل : تقول المادة الفرنسية ٢٢٢٧ « ان العقد الباطل شكلاً لا يصلح سبباً للتملك بمضى المدة من عشر سنوات الى عشرين سنة » أى ان العقد الباطل . بسبب شكلى لا يصلح لان يكون سبباً صحيحاً موصلاً للتملك بمضى المدة القصيرة ، أى التقادم الخمسى العقارى المنوه عنه بالمادة ٢٦ مصرى . وحكم المادة الفرنسية عام لا بد من الاخذ به هنا أيضاً . فاذا وضع الموهوب له يده مثلاً على العقار الموهوب اليه بعقد لم تلاحظ فيه القيود القانونية المقررة بالمادة ٤٨/٧٠ مدنى و ٩٣١ فرنسى ، بأن حصلت الهبة بعقد عرقى ، فلا يعتبر هذا العقد العرقى سبباً صحيحاً مملكاً بالتقادم الخمسى العقارى^(٥) . وعلى ذلك اذا وهب العقار من واهب غير مالك لهذا العقار ، ثم جاء المالك الحقيقى^(٦) وادعى الملكية بعد مضى خمس سنوات على يد الواهب بالعقار ، صحت دعواه وقضى له بالعقار .

٣٩٩ - ومن هذه المادة الفرنسية المطابقة للقواعد العامة يمكن تقرير القواعد الآتية بشأن العقود الباطلة وعلاقتها بالتقادم الخمسى العقارى :

(١) بلايول ج ١ ن ٢٦٦٣ ، دى هلس ج ٣ ص ٣٠٤ ن ١٢٤

(٢) Titre irrégulier (٣) Titre nul (٤) Titre putatif

(٥) : استئناف أول يونيو سنة ٩١٥ ش ٢ ص ٢٧٣ عدد ٢٩٤ . انما يجوز تملك العقار

بمضى ١٥ سنة (الحكم المذكور) (٦) Verus dominus

١. — ان البطلان كما نعلم بطلان مطلق^(١) وبطلان نسبي^(٢). فالبطلان المطلق ما شاب العقد وقضى عليه من وقت ظهوره فيولد العقد ميتاً، أو يخلق في الوقت الذي تخمد فيه أنقاسه. أو بعبارة أخرى هو عقد لم يوجد، أو هو لا شيء^(٣). فالشروط الشكلية للعقد الرسمي كالهبة والرهن الرسمي العقاري وعقد نقل الضمانات بالنسبة لغير في حالة استبدال الدين^(٤) (المادة ١٩١/٢٥٥ مدني) شروط لازمة للعقد وبدونها لا يولد العقد ولا يعتبر أن له وجوداً قانونياً^(٥) وعلى ذلك لا يقبل العقد الباطل بطلانا مطلقاً تصحيحاً له^(٦) لأن التصحيح لا يلحق الا الموجود. أما يجوز عمل عقد من جديد. والتصحيح تنازل عن التمسك بسبب العقد، ولا يجوز التصحيح هنا لأن طرفي العقد لا يملكانه ما دام ان البطلان خاص بالنظام العام

وما دام ان التنازل غير جائز فكذلك ما يلحق بالتنازل. وعلى ذلك هل يسقط حق المطالبة بالبطلان بمعنى ١٥ سنة. الاصل انه لا يسقط. ولكن القضاء الفرنسي ميز بين حالتين. ما اذا كان الواهب هو المدعى، أو أن الموهوب اليه هو المدعى. ففي الحالة الاولى يسقط حق الواهب المدعى في بطلان العقد ورد الموهوب. وفي

Nullité absolue (١) Nullité relative (٢) : راجع نظرية البطلان في

الالتزامات من ٢٣٥ — ٢٤٧ ن ٢٥٣ — ٢٦٤

(٣) فالعقد الصوري لا يعتبر سبباً صحيحاً مبرراً لتملك بعضي المدة بخمس سنوات : استئناف ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٠٤١، ص ١٩٤ عدد ٧٢، ح ١٧ ص ١٨٢، مرجع ص ٤٨٢ ن ١٣٨٠. — مرجع ص ٣٨٢ ن ١٣٨٢ — ولا يعتبر سبباً صحيحاً العقد غير الموجود من الوجهة القانونية (١٥ يونيو سنة ١٩٣٠، ٣١٨، ٥٠) والعقد الباطل بسبب يتعلق بالنظام العام، والعقد ذو السبب الغير الشرعي والعقد الصادر من الشخص ممدوم الاهلية. كالحجرون والصبي : دي هلس ج ٣ ص ١١٩ ن ٢٥٢

Novation (٤)

(٥) وعلى ذلك لا يصالح العقد الباطل شكلاً سبباً لتملك بالتقدم المحسني : استئناف ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٠٤١، ص ١٩٩ عدد ٩٧، ح ٢١ ص ٢٥٠، مرجع ص ٢٨٢ ن ١٣٧٨. ومن اشترى عقاراً من قاصر بغير اتباع الطرق المقررة لا يمكنه أن يتمسك بمقد البيع تسكه بالسبب الصحيح في سبيل التملك بالتقدم المحسني : استئناف ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٠٤١، ص ٥٧ عدد ٢٩، ج ٢١ ص ٢٥٧، مرجع ص ٣٨٢ ن ١٣٧٧ — ح ٢٢ ص ٨٢. —

مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٠ — ١٣٧٠، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١

الحالة الثانية يجوز للواهب المدعى عليه أن يدفع دعوى الواهب بالدفع الخاص بالبطلان المطلق^(١) وذلك لأن الدفع لا تسقط مهما طال الاجل عليها . انما الذى يسقط هو الدعاوى ، وهذا أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة فى أن الدعاوى مؤقتة والدفع دائماً^(٢) . هذا فيما يتعلق بالبطلان المطلق

٢ . — وأما البطلان النسبى فهو عقد صحيح فى ذاته من الوجهة القانونية ولكن شأبه شائبة تقبل التصحيح والحوال . وعلى ذلك يعتبر هذا العقد سبباً صحيحاً يصلح للتملك بالتقادم الخمسى المقارى . فالعقد الصادر من مفقود الاهلية يعتبر عقداً موجوداً من الوجهة القانونية ولا يعتبر معدوماً انما يعتبر معرضاً للبطلان . فاذا باع مفقود الاهلية عقاراً غير مملوك له جاز للشترى تملكه بالتقادم الخمسى المقارى قبل المالك الحقيقى ، لان الحق فى طلب البطلان بسبب فقد الاهلية لم يكن مقررراً للمالك الحقيقى ، انما هو مقرر لمفقود الاهلية وهو البائع^(٣)

وما القول بشأن عقد البيع ، أو بعبارة عامة ، عقد نقل الحقوق العينية العقارية فيما اذا لم يكن مسجلاً طبقاً للمادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقى ١٨ و ١٩ ؟ فهل يعتبر ضمن العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً ؟ عرفنا الآن البطلان وهو نقص فى اجراءات يحتمها القانون . انما الذى نقوله هنا ان هذا النقص اما أن يكون متعلقاً برسمية العقد كمقد الهبة والرهن الرسمى ، واما أن يكون متعلقاً بأى شرط آخر اشترطه القانون لصحة العقد بحيث لا يعتبر المقعد عقداً نافلاً للملكية الا بدونه مثل العقد الناقل للحقوق العينية المنوه عنه بالمادة الاولى من قانون سنة ١٩٢٣ . وعلى ذلك يعتبر العقد الناقل للحقوق العينية عقداً باطلاً من حيث نقل الملكية اذا لم يحصل تسجيله . وبطلانه هذا بطلان

(١) الالتزامات من ٢٤١ — ٢٤٢ ن ٢٥٩ — ٢٦١

(٢) الالتزامات من ٣٧٥ — ٣٧٦ ن ٣٨٣ تحت عنوان « الالتزام الطبيعى والدفع الموضوعى الدائم »

(٣) كابلان من ١٩٠٦ ، مرجع من ٣٨١ ن ١٣٧٣ : دى هلس ج ٣ من ٣٥٢ ن ١٢٠

مطلق غير قابل للتصحيح وليس بطلائعاً نسبياً قابلاً للتصحيح . وذلك لان المادة الاولى من هذا القانون قررت بأنه « يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لابين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للمقود غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين » واذ كانت الملكية لا تنتقل عند عدم التسجيل ، ويصبح عقد البيع عقداً عادياً لم يخرج عن كونه مقررراً لالتزام شخصي بذمة البائع ، فلا يمكن حينئذ اعتبار هذا العقد الباطل بطلائعاً مطلقاً بالنسبة لنقل الملكية بل معدوم الاثر بالنسبة لها ، لا يمكن اعتباره بمثابة سبب صحيح موصل للملك بالتقادم الخسائي العقاري . لان السبب الصحيح هو العقد الناقل للملكية في أصله ولكن شأبه شائبة رجعت الى حسن نية المشتري . وعقد البيع غير المسجل لا يعتبر نافلاً للملكية في أصله ثم شأبه شائبة عدم التسجيل ، لان هذا العقد غير المسجل ، عقد شخصي بسيط مقرر لالتزام شخصي ولا شأن له بالحقوق العينية بل هو أجنبي عنها بالمرّة لا ينقلها ولا يمساها ولا يمهّد لنقلها بأي عامل آخر خلاف التسجيل . هذا وفوق ذلك فإن حسن النية باعتباره شرطاً للتقادم الخسائي العقاري هو اعتقاد المشتري أو المكتسب للحقوى العينية العقارية بوجه عام في أن المملك له مالك . فأين هذا من جهل المشتري بأصول القانون وقبوده ؟ ان الجهل بالقانون ، أي الجهل بقبوده وما اشترطه لصحة المقود صحة مطلقة ، وعدم العناية بما قرره القانون شرطاً لازماً لنقل الملكية ، وبدونه لا تنتقل الملكية ، هذا الجهل بالقانون وأحكامه لا يمكن اعتباره من قبيل حسن النية . لان الجهل بالقانون اهمال وعدم عناية من جانب الفرد . وما كان الاهمال أو عدم العناية أو بمباراة عامة الخطأ أو الغلط ^(١) وعلى الاخص الخطأ الجسيم وهو الجهل بأحكام القانون ، مما يلحق بخس النية ^(٢) لان

(١) Faute (٢) وقد لا يستبر العقد الصادر من القاصر دون مراعاة القيد القانوني الخاص بأخذ مصادرة المجلس الخسائي ، عقداً باطلاً . ولا يمكن الاستناد اليه ليكون سبباً صحيحاً مملكا بالتقادم الخسائي: مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٧ — استئناف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١ ، ٤ ص ١٧١

القانون لا يحمي من يجهل أو امره ونواهيهِ . ولأنه من المفروض على الفرد أن لا يجهل القانون ، والمفروض فيه بل الواجب عليه أن يعرف القانون (المادة ٢ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية)

وعلى ذلك لا نرى أن العقد الناقل لحق عيني وغير المسجل عقد باطل بطلانا نسبياً ، بل هو باطل بطلانا مطلقاً ، ويعتبر بالنسبة لنقل الحق العيني كأنه غير موجود بالمرّة وكأنه أجنبي عنه . انما يستحيل العقد في هذه الحالة الى مجرد التزام شخصي . أو بمباراة أخرى يعتبر هذا العقد في الاصل ملزماً لالتزامات شخصية ولا يعتبر ناقلاً للحق العيني الا اذا تسجل

معاصرة مسه النية للسبب الصحيح والفسيل : يجب أن يكون حسن النية والسبب الصحيح متعاضدين مع بعضهما البعض ، بأن يكون حسن النية قد وجد في آن واحد مع السبب الصحيح . وعلى ذلك اذا وجد حسن النية (أى اعتقاد المشتري بتملك البائع للعقار) مع وجود العقد ولم يتسجل هذا العقد الا بعد مدة فلا يجوز أن تحتسب مدة التقادم الا من وقت تسجيل العقد . أى أنه ليس للتسجيل هنا أثر رجعي . وليس في ذلك تناقض ما بشأن ما سنقرره من الاثر الرجعي للتسجيل . ذلك لان التقادم الحمى يستدعى حتماً وجود سبب صحيح معاصر لحسن النية . ولا يمكن أن يعتبر العقد سبباً صحيحاً الا اذا كان مسجلاً . ولا شأن هنا لنظرية الاثر الرجعي للتسجيل مادام أن القانون هو الذى قال هنا بعدم الاثر الرجعي وقد اشترط معاصرة السبب الصحيح لحسن النية مع وضع اليد

وما القول فيما اذا اشترى المشتري بحسن نية بعقد ، تم عند ما تم بتسجيل عقده علم وقتئذ بعدم تملك البائع له للعقار ، فهل يملك بالتقادم الحمى من

عدد ٧٤ ، ح ١٨ ص ٢٤١ ، مرجع ص ٣٨١ ن ١٣٧٥ — ومرسى الزاد الذى يحصل على جهة الادارة عقب اجراءات نزع الملكية ان جاءت مخالفة للقوانين والامور لا يتبر سبباً صحيحاً للملكية المبنية بوضع اليد خمس سنوات : زقاريق حكم استئنافى ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ ح ٢٢ ص ١٦٩ مرجع ص ٣٨٢ ن ١٣٨٣

وقت التسجيل باعتبار أنه كان حسن النية وقت التعاقد وقبل التسجيل ، أم لا بد من التقادم الطويل ؟ ان قلنا بضرورة معاصرة السبب الصحيح لحسن النية لترتب على ذلك عدم جواز التقادم الخمسى لان المشتري كان سيئ النية وقت تسجيل العقد ، ذلك الذى قلنا عنه بأنه لا يعتبر سبباً صحيحاً مملوكاً بالتقادم الخمسى الا من وقت تسجيله . وهذا فى نظرنا هو الرأى الصحيح . لانه كان يجب على المشتري أن يسارع الى تسجيل عقده وهو حسن النية ، اذ لا تأثير على سوء النية فيما بعد التسجيل ، لان العبرة بحسن النية وقت تسجيل العقد . اذ لا يجوز له أن يستفيد من اهماله فى تسجيل العقد وهو حسن النية . وذلك يرجع الى أن التقادم الخمسى نظام استثنائى قرره القانون بشروط خاصة لمن يملك بحسن نية من غير المالك الحقيقى

٤٠٠ - ٢) فى العقد التخميني^(١) : يراد بالعقد الظنى أو التخمينى العقد الذى لا أثر له الا فى خيال واضع اليد . مثلاً أوصى موصى بمقار للموصى اليه . وقبل وفاة الموصى أوصى بذلك المقار الى موصى اليه آخر بعد ان النى الوصية الاولى . ووضع الموصى اليه الاول يده على المقار دون أن يعلم بالفناء الوصية الاولى . أو أعطى شخص توكيلاً لآخر بمشترى عقار ولم يشتر هذا الآخر العقار ولكنه أفهم موكله تمام الشراء ووضع الموكل على ذلك يده على المقار وهو يعتقد حصول الشراء له . فهل يجوز فى هذه الاحوال تملك المقار بالتقادم الخمسى ؟ أو بمباراة أخرى هل يعتبر العقد التخمينى هذا سبباً صحيحاً أم لا يعتبر كذلك ؟ لا يمكن اعتبار مثل هذا العقد التخمينى سبباً صحيحاً . وهكذا قضى الرومان بعد تردد على ما يظهر . أما الحجة القاطعة فى الوقت الحاضر على عدم اعتبار العقد التخمينى سبباً صحيحاً فهو ان شروط التملك بالتقادم الخمسى العقارى اثنان . سبب صحيح وحسن نية . فاذا قيل بأنه يكفى فى التقادم الخمسى الاعتقاد على غير صحة بوجود سبب صحيح لترتب على ذلك أنه يكفى فى هذا التقادم شرط واحد دون شرطين

(١) Titre putatif وكلمة putatif مشتقة من كلمة putare بمعنى ظن

وهو شرط حسن النية ، ويترتب عليه أيضا اذ السبب الصحيح يعتبر ركنا من أركان حسن النية ، لا ركنا مستقلا بذاته . وقد رأينا القضاء الفرنسي يرى ضرورة الاخذ بحسن النية والسبب الصحيح باعتبارهما ركنين اثنين لا ركنا واحداً . للتملك بالتقادم الخمسى . أى انه يرى ضرورة التمييز بين ركن حسن النية وركن السبب الصحيح . وفوق ذلك فان المادة ٢٣٦٧ فرنسى وهى التى قررت بأن العقد الباطل شكلا لا يصح سببا للتقادم الخمسى العقارى لم تستثن حالة ما اذا كان واضع اليد يجهل العيب الشكلى الذى عاب العقد . واذا كان الجهل بالعيب الشكلى لا يفلت من مؤاخذة القانون ، أى لا يعتبر القانون هذا العقد بمثابة سبب صحيح فيما اذا جهل واضع اليد ما شاب العقد ، فن باب أولى ما اذا كان صاحب الشأن يجهل وجود العقد بالمره^(١) . هذا ولا بد من ملاحظة ان العقد التخمينى لا يمكن تسجيله . وعلى ذلك فهو غير ناقل للملكية طبقاً لقانون التسجيل الجديد ، أى باطل شكلا . ولهذا السبب ايضا لا يعتبر سبباً صحيحاً مملكا بالتقادم الخمسى

٢٥ - فى حسن النية

٤٠١ - يراد بحسن النية الاعتقاد بوجود الحق لدى من يصدر منه عقد التملك^(٢) وعلى ذلك يعتبر واضع اليد حسن النية اذا ظن ان عقد التملك الموجود تحت يده يملكه حقيقة ملكية العقار ، أو ملكية الحقوق العينية التى يرمى الى تملكها . ويعتبر حسن النية مفروضاً وجوده^(٣) أخذاً بالقواعد العامة . وعلى من يدعى سوء النية اثبات ما يدعيه^(٤)

ومتى يعتبر حسن النية موجوداً ؟ تقول فى ذلك المادة ٢٢٦٩ مدنى فرنسى بأنه « يكفى فى حسن النية أن يكون موجوداً وقت نقل الملكية والحقوق العينية » وحكمها عام . وعلى ذلك لا عبرة بما اذا علم واضع اليد بعد انعقاد العقد بالعيب الذى شاب العقد . وهكذا قرر الرومان أيضاً . أما القانون الفرنسى القديم

(١) كابتان ص ٩٠٧ (٢) د ٩٨ ، ١ ، ٣٨ - س ٩١٠ ، ١ ، ١٧٣
(٣) Se présume (٤) د ٩٠٦ ، ١ ، ٣٥١ - س ٩١٠ ، ١ ، ١٧٢

فانه لما كان متأثراً بالقوانين الدينية^(١) فانه قرر عكس هذه القاعدة . أما القاعدة الحاضرة فانها أخذت مما قرره الرومان في هذا الشأن . وذلك يرجع كله الى ان واضع اليد لما وضع يده على العقار بمقتضى عقد التمليك كان يعتقد اعتقاداً بأنه المملك له مالك لما يملك . ولا يمكن في هذه الحالة مؤاخذه واضع اليد بأى نوع من المؤاخذه ما دام انه حسن النية وقت انعقاد العقد ، حتى ولو علم بعد ذلك بوجود عيب يثوب العقد أثناء استمراره في وضع يده على العقار

ز - في الحقوق العينية

التي تقبل التملك بالتقادم الخمسى العقارى

٤٠٢ - نصت المادة الفرنسية ٢٢٦٥ على العقار ونصت المادة ٧٦/١٠٢ مدني على الملكية والحقوق العينية . ولما كان التقادم الخمسى العقارى قد تقرر من طريق الاستثناء لحماية ذوى السبب الصحيح وحسن النية وجب على ذلك أن يراعى في مجال التطبيق عدم للتوسع فيما نص عليه . وقد رتب القضاء الفرنسى على « كلمة عقار » الواردة بالمادة ٢٢٦٥ الفرنسية انه لا يجوز التملك بالتقادم الخمسى العقارى سوى العقار الواحد أو عقارات منفردة معينة . وعلى ذلك لا يجوز التملك بالتقادم الخمسى العقارى لمجموعة أموال^(٢) بها جملة عقارات كالتركة^(٣) حتى ولو كانت كلها عقارات^(٤) ولذا تساءل بعض الفارحين فيما اذا كانت المادة الفرنسية المذكورة تتعلق فقط بالدفع الذى يدفع به دعوى تثبيت الملكية المرفوعة من المالك الحقيقى بعد تمام المدة ، وانها لا تشير الى الدفع الذى يدفع به دعوى الميراث^(٥) المرفوعة من الوارث^(٦)

ولما كان القانون الفرنسى كما رأينا لم يذكر الا العقار ولم يذكر الحقوق العينية كما ذكرها القانون المصرى الذى جاء أوسع منه نطاقاً وأعم تطبيقاً ، أخذ الفارحون الفرنسيون والقضاء الفرنسى يقررون على ضوء المبادئ العامة جواز

(١) Droit canonique (٢) Masse des biens (٣) Succession

(٤) د ، ٢ ، ١٦ ، ٣٠٨ (٥) Pétition d'hérédité (٦) كابلان ص ١٠٨

تملك الحقوق العينية العقارية بالتقادم الخمسى العقارى . فقالوا يجوز تملك حق الانتفاع بمضى المدة القصيرة . وكذلك أيضا حقوق الارتفاق اذا كانت جامعة لشرائطها القانونية الخاصة من حيث الظهور وعدم التقطع . ولما كان القانون الفرنسى لم ينص بالمادة ٢٢٦٥ على الحقوق العينية العقارية كما نص القانون المصرى بالمادة ٧٦/١٠٢ مدنى فقد ترتب على ذلك حكم فيما يتعلق بحقوق الارتفاق مخالفا لما قرره هنا وما استندنا اليه بالرجوع لمادتنا المصرية ٧٦ المذكورة . ذلك لان المادة الفرنسية ٦٩٠ قررت بأن حقوق الارتفاق الظاهرة والمستمرة يجوز أن يحصل تملكها بمضى المدة الطويلة . ولم يرد بالقانون الفرنسى نص آخر يفيد جواز تملك حقوق الارتفاق بالتقادم القصير . ولذا أصر القضاء الفرنسى على عدم جواز تملك حقوق الارتفاق بالمدة القصيرة . وحجته فى أن المادة ٦٩٠ خاصة بالتملك بمضى المدة الطويلة ، والطويلة فقط . وأن المادة ٢٢٦٥ إنما نصت على تملك العقار فقط ولم تنص على الحقوق العينية . وأن فى تملك حقوق الارتفاق بالمدة القصيرة خطراً على العقارات المرتفق بها ، لما يغلب فيها من الخفاء وعدم الظهور ظهوراً يلفت الانظار . بخلاف حق الانتفاع فإن القضاء الفرنسى قد أجاز التملك فيه بالتقادم القصير ، لان الاعمال التى يقوم بها المنتفع أعمال من الظهور التام بحيث لا يمكن معه القول بأن مالك العقار محل الانتفاع يجهل أو ربما يجهل ما يحصل له^(١)

ولا شأن لنا بهذا الخلاف القائم بفرنسا بشأن الحقوق العينية والتميز فى الحكم بين حق الانتفاع وحق الارتفاق ، ما دام أن القانون المصرى نص بعبارة صريحة على جواز تملك الحقوق العينية بوجه عام بالتقادم الخمسى العقارى^(٢)

(١) كابتنان ص ٩٠٩ ، س ٩٢ ، ١ ، ٦٥ ، مقال Chavegrin — د ، ٧٦ ، ١ ، ٤٢٣ ، س ٧٦ ، ١ ، ١٠٣ (٢) وعلى ذلك نظرت الباحثن فى الموسوعات الفرنسية الى مراعاة هذه الفروق فى النصوص القانونية حتى لا يجهلوا أحكام القضاء الفرنسى قياساً بمحتدونها به فى تقرير الأحكام القانونية بمصر . اذ لكل من مصر وفرنسا تشريع خاص فى هذا الشأن كما رأينا

ح - الضم في التقادم الخمسى المقارى

٤٠٣ - اذا احتاج واضع اليد في التقادم الخمسى الى احتساب مدة مملكه اضطر حينئذ الى الإخذ بنظرية الضم الذى سبق لنا أن قررناها بشأن التقادم الطويل . ولكن يحصل أن لا يكون العقدان ، عقد التمليك بيد المشتري الحاضر وعقد التمليك بيد البائع له ، بحالة واحدة من حيث الصحة والبطالان . اذ يجوز أن يكون الاول حسن النية بينما يكون الثانى سبى النية . فاذا وقع ذلك فعلى أى قاعدة يحصل الضم ؟

اذا رجعنا الى المادة ٧٧/١٠٣ مدنى و ٢٢٣٥ فرنسى رأينا أن القانون يقرر بمبارات طمة جواز ضم مدة المملك الى مدة المملك اليه ، سواء كان هذا الاخير خلفاً اماما كالوارث أو خلفاً خاصا كالمشتري . غلى أنه مع القول بصحة هذه القاعدة العامة فانه لا بد من التمييز بين حالات مختلفة لا بد فيها من تقرير قواعد هامة لها قال ببعضها الرومان . وبما يؤيد ضرورة القول بهذه القواعد العامة وضرورة التمييز بين الحالات المختلفة ان المادة ٧٩/١٠٦ مدنى و ٢٢٣٧ فرنسى الخاصة بعدم جواز تملك ورثة أصحاب الحيازة العرضية ، والمادة ٢٢٢٩ فرنسى الخاصة بصحة تملك المشتريين من الحائزين العرضيين ، فيما اذا تملكوا بسبب صحيح وحسن نية ، هذه المواد تفرق بين حالتين : الحالة الاولى عدم جواز تملك الخلف العام فيما اذا كان المملك له حائزاً عرضياً . والحالة الثانية تملك الخلف الخاص أى المشتري اذا اشترى من الحائز العرضى

أما هذه القواعد فى ما يأتى :

١ . - اذا كان واضع اليد الحاضر هو الوارث ، أو بعبارة أخرى ، هو الخلف العام لواضع اليد السابق ، وكان من المترتب على ذلك حتماً أن يده على العقار لم تخرج عن كونها استمراراً ليد مملكه السابق ، وجب حينئذ البحث عن حقيقة وضع اليد ، صحة وبطالاناً ، فى العقد الذى تملك به واضع اليد السابق ، فيما اذا

كان هذا الاخير حسن النية أو سىء النية . ويترتب على ذلك أن مدة وضع يد الخلف العام لا تكون ضرورية للضم الا اذا كان واضع اليد السابق فى حاجة الى تكلة مدته ^(١) . أو بعبارة أخرى إذا كان المورث حسن النية جاز الضم . وإذا كان سىء النية فلا يجوز الضم : أى ضم أو عدم ضم المدة بعد الوفاة مع المدة السابقة عليها، وذلك بصرف النظر عن حسن أو سوء نية الوارث ^(٢)

مثال ذلك : اذا وضع شخص يده على عقار بسوء نية ومات بعد مضي بضعة سنين على يده . وجاء الوارث ووضع يده بحسن نية . فهل يلزمه خمس سنوات ، أو ١٥ سنة ؟ يلزمه ١٥ سنة . الا انه فى هذه الحالة يجوز له أن يضم الى مدته مدة مورثه . على أنه يمكن القول هنا بأنه ما دام الارث لا يعتبر عقداً ناقلاً للملكية ، أى ليس مقررراً للحق ومظهراً له ، بل هو منشىء له ومثبت له ، فلا بد حينئذ للوارث هذا من مدة ١٥ سنة ، باعتبار أن التملك بالارث لا يعتبر سبباً صحيحاً موثقاً للتملك بالتقادم الحمسى العقارى

وعلى العكس من ذلك اذا وضع شخص يده على عقار بسبب صحيح وحسن نية ثم مات بعد بضعة سنين من وضع يده . فى هذه الحالة يجوز للوارث حتى ولو كان سىء النية أن يضم الى مدة وضع يده مدة مورثه . ويمكن القول هنا أيضاً بأنه يجب الرجوع فى معرفة لون ^(٣) وضع اليد الى الوقت الاصلى ^(٤) أى الى الوقت الذى تملك فيه المورث

٢ . — وعلى العكس مما تقدم اذا كان واضع اليد الحاضر خلفاً خاصاً أى مشترى مثلاً وجب البحث عن شروط التقادم الحمسى فى عقد تملك المشتري . وعلى ذلك لا يجوز له التملك بالتقادم الحمسى الا اذا كان هو حسن النية وكان لديه سبب صحيح . وليس له الالتجاء الى الضم فى هذه الحالة اذا كان المملك له سىء النية . أما اذا كان حسن النية فله الضم

(١) كابتان من ٩١٠ (٢) دى هلس ج ٣ ص ٣٤٩ ن ١١١ (٣) Coloration

(٤) Moment initial

فإذا باع واضع اليد على العقار الى مشتر، وكانت يدهما على العقار ذات لون واحد فن اللازم الضم هنا سواء كان وضع اليد خاصاً بمدة ١٥ سنة أو خاصاً بمدة خمس سنوات ، على حسب الاحوال . بمعنى انه اذا كان المملك سىء النية والمشتري كذلك ثم هذا الاخير ١٥ سنة وجاز الضم . واذا كان المملك حسن النية وكان المشتري كذلك أيضاً ا كتنفى هذا الاخير بمدة خمس سنوات وجاز له الضم أيضاً .

أما اذا كان المملك حسن النية وكان المشتري سىء النية فلا يملك هذا الاخير الا بمضى مدة ١٥ سنة . انما يجوز له أن يضم الى مدة وضع يده مدة وضع يد المملك له . وذلك لأنه لا يلاحظ في الضم هنا ضم اليد الى اليد ، انما ضم الثمن الى الثمن فقط ^(١) ، أخذاً بالقاعدة الرومانية القائلة بضم الثمن الى الثمن ^(٢)

وعلى العكس من ذلك اذا كان البائع سىء النية ، وكان المشتري حسن النية جاز للمشتري التملك بالتقادم الخمسى ^(٣) . ولكن لا يجوز له في هذه الحالة أن يضم الى مدته مدة تملك البائع له . وهنا تتجلى الفائدة التى تظهر لمن كان مشترياً بسبب صحيح وحسن نية ، فى أنه لا يتمسك بهذين الشرطين وبالمادة ٧٦ للملك بالتقادم الخمسى ، بل يتمسك على العكس بالتقادم الطويل . وذلك لانه فى حالة ما اذا لم يبق على تملك المملك له سىء النية بالتقادم الطويل الا مدة وجيزة ، فانه من مصلحته أن يضم مدة وضع يده الوجيزة الى مدة وضع يد المملك له ، فيصبح مالكا نهائياً دون ان يحتاج الى مدة خمس سنوات جديدة من تاريخ شرائه بسبب صحيح وحسن نية ^(٤)

(١) كابتان ص ٩١١ (٢) Tempora conjunctur (٣) ج ع ٣ ص ٤٠٧
ن ٤٢٦١ — دى مجلس ج ٣ ص ٣٥٠ ن ١١٢ (٤) كابتان ص ٩١١ — استئناف ١١
أكتوبر سنة ١٩٤٤ ش ٢ ص ٤٣ عدد ٤٧ ، ح ٣٠ ص ٢١ ، مرجع ص ٣٩١ ن ١٤٢٥ .
استئناف أول يونيو سنة ١٩٥٠ ش ٢ ص ٢٧٣ عدد ٢٩٤ ، مرجع ص ٣٩١ ن ١٤٢٦ —
مصر كل أول مايو سنة ١٩١٠ ح ٢٦ ص ١٠ ، مرجع ص ٣٩١ ن ١٤٢٤ — دى مجلس ج ٣
ص ٣٥٠ ن ١١٣ و ١١٥

٣ - في تملك المنقول

١ - في قاعدة

الحيازة سند الملكية في المنقول

٤٠٤ - رأينا فيما مر بيانه أن من شأن وضع اليد أن يجعل واضع اليد في مركز المدعى عليه في دعوى النزاع في الملكية . وفي هذه الحالة لا يلزم بأن يدلي بأي دليل اثبات ، سواء كان حسن النية أو سيئ النية فيها ، لأن حسن النية مفترض دائماً أبداً . وأما خصمه وهو مدعى الملكية فما عليه إلا أن يقيم الدليل على ملكيته للحق المتنازع من أجله . هذا ولقد سبق أن رأينا أيضاً أنه من المفروض في واضع اليد أنه يملك له خاصة باعتباره هو المالك الا اذا قام الدليل من طرف آخر بأن اليد هذه يد عارضة أى أن واضع اليد يملك لغيره لا لنفسه

هذه القاعدة في موقف واضع اليد موقفاً سلبياً صحيحة فيما اذا كان الشيء محل النزاع عقاراً أو منقولاً

ولكن ينتج عن وضع اليد في حالة المنقول أثر قانوني آخر هام . ذلك لانه لما كان واضع اليد يعتبر بصفة عامة أنه حسن النية لافتراض حسن النية فيه دائماً وأبداً حتى يقوم الدليل العكسي ، فلا يصح في الاصل رفع دعوى تثبت ملكية المنقول عليه . أى أنه لا يجوز نزع المنقول من يد واضع اليد عليه حتى ولو كان المدعى هو المالك الحقيقي للمنقول . ذلك لان وضع اليد وحده كاف لنقل الملكية ذي يعتبر بمثابة سند صحيح صادر من المالك السابق

هذا هو حكم وضع اليد على المنقول . وهو حكم كما نرى ذو أثر هام في لمعاملات وهو ما تقول به المواد ٤٦/٦٨ و ٦٧/٦٣٣ مدني و ٦٠٨/٧٣٤ مدني والمادة ٢٢٧٩ فرنسي

ب - في شروط قاعدة

« الحيازة سند الملكية في المنقول »

٤٠٥ - الشروط اللازمة لصحة قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول » ^(١) مستفادة من المواد ٦٠٧/٧٣٣ و ٦٠٨/٧٣٤ مدني و ٨٦/١١٥ و ٨٧/١١٦ مدني و ٤٦/٦٨ مدني و ٢٢٧٩ و ٢٢٨٠ فرنسي . وقالت المادة ٦٠٧ ما يأتي . « وثبتت الملكية في المنقولات في حق كل انسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح ^(٢) مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته ^(٣) » وقالت المادة ٦٠٨ ما يأتي . « مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه ^(٤) وجود السبب ^(٥) الصحيح وحسن الاعتقاد الا اذا ثبت ما يخالف ذلك ^(٦) . هذا مع مراعاة ما تقدم في حالي المرققة ^(٧) والضياع ^(٨) » وقررت المادة ٤٦/٦٨ مدني : « ومع ذلك تنتقل ملكية الاموال المنقولة (عبارة « ومع ذلك » استبدراك للمادة ٤٥/٦٧ مدني التي قررت صحة نقل الملكية في العقارات والمنقولات بمجرد حصول التعاقد) باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكا لمن سدها . انما يشترط في ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للعسل ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو المرققة » . وقررت المادة الفرنسية ٢٢٧٩ الشهيرة بفقرتها الأولى : « الحيازة سند الملكية في المنقولات » ويستفاد من هذه المواد جميعها أن الشروط المطلوبة لصحة القاعدة المتقدمة ما يأتي

١ - مسس نية واضع اليد على المنقول . وهذا الشرط صرحت به المادة ٦٠٧ وهو قولها « مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته » ولم يرد هذا الشرط بالمادة الفرنسية الشهيرة ٢٢٧٩ ولكن الآراء متفقة على الاخذ به . اذ يستفاد ذلك

(١) En fait de meubles possession vaut titre (٢) Avec titre
(٣) Possession de bonne foi (٤) Fait présumer (٥) Le titre
(٦) Sauf preuve contraire (٧) Vol (٨) Perte

من المادة ١١٤١ مدنى فرنسى التى قالت بأنه اذا بيع منقول مرتين الى شخصين فضل من أصبح واضع اليد ولو كان عقده متأخراً عن عقد الآخر على شرط أن يكون حسن النية (وهذه المادة لا شبيه لها بالقانون المصرى فى المكان الذى وضعت به . ولكن المادة ٦٠٧ مدنى مصرى أغنت عنها)

وحسن النية ينصرف الى ان واضع اليد يعتقد ان مملكه مالك ، حتى ولو كان العقد المملك لهذا الاخير عقداً مشوباً بعيب من العيوب المفسدة ، على شرط ان لا يعلم واضع اليد بما شاب العقد ^(١) أما اذا كان يعلم بالسبب فليس له الاستعانة بالقاعدة المعروفة ^(٢)

والعبرة بحسن النية بوقت التعاقد لا بوقت وضع اليد . ولا بعد وضع اليد . فاذا علم المشتري مثلاً بما شاب العقد المملك للبائع ، عند وضع يده على المنقول أو بعد وضع يده عليه بزمان ، فإنه يجوز له مع ذلك التمسك بالقاعدة ^(٣)

٤٠٦ - ٢ - أنه يكون هناك سبب صحيح : وهذا الشرط قالت به المادة ٦٠٧ المتقدمة . ولقد سبق ان رأينا المعنى المقصود من السبب الصحيح ^(٤) وعلى ذلك اذا توافر هذان الشرطان ، السبب الصحيح وحسن النية ، أصبح واضع اليد مالكا للمنقول . وكأن هذه المادة تشعر وحدها فى أن واضع اليد ملزم لاول وهلة وفى كل حالة نوزع فيها بشأن المنقول الموجود تحت يده أن يقيم الدليل على توافر هذين الشرطين لديه حتى ولو كان مدعى عليه فى دعوى تثبيت ملكية المنقول . ولكن لا يملك الاخذ بظاهر المادة لانه مخالف للقاعدة العامة التى قررهاها وهى ان واضع اليد لا يلزم باثبات شئ ما ، وأن موقفه أمام مدعى الملكية موقف سلبى . وفوق ذلك فإن الشارع عقب هذه المادة بالمادة اللاحقة بها وهى المادة

(١) د ، ٨٧ ، ٢٥٠ . ١ (٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٠٦ ن ٥٤

(٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٠٧ ن ٥٦ (٤) ولا يراد بالسبب مجرد الكتابة instrumentum بل يراد به الصلية القانونية acte juridique التى ترتب عليها وضع اليد ، أى بيع وهبة وبذل وغير ذلك : دى هلس ج ٣ ص ٢٠٦ ن ٥٩

٦٠٨ اذ قرر بأن مجرد وضع اليد يستفاد منه حتماً قوافر الشرطين . أى ان واضح اليد يعتبر ذا سند صحيح وذا حسن نية ولا يلزم باثباتهما بل مجرد وضع اليد يؤيده فيهما ، الا اذا قام الدليل العكسى من قبل مدعى ملكية المنقول على انتفاء الشرطين فيلزم واضح اليد في هذه الحالة بنفى ما أثبتته المدعى ، أى يلزم باثبات صحة يده بالسند والنية ، لان الملكية التى كانت مقررة له انما تقررت من طريق الظن والتخمين أى من طريق الافتراض والقرينة ، حتى لا يرهق الناس فى البحث عن أدلة الملكية فى المنقول ، اذا لا تنقال فيها من يد الى يد أمهل بكثير من انتقال الملكية فى غيرها

٣ . — أن يكون المنقول قد خرج من يد صاحبه الاصلى بمحض ارادته لا كرهاً عنه . بمعنى انه لا تقبل دعوى تثبيت الملكية من المالك الاصلى الا اذا خرج المنقول من يده بغير السرقة والضياع المشار اليهما بالمادة ٦٠٨ والمادة ٦٨/٤٦ مدنى والمقررتين بالمادة ٨٦/١١٥ مدنى و٢٢٧٩ فرنسى بالفقرة الثانية. اذ قررت المادة ٨٦ ما يأتى : « يسقط حق الملك ^(١) فى الشيء المسروق والضائع بمضى ثلاث سنين » وتزبد على ذلك المادة ٢٢٧٩ الفرنسية الفقرة الثانية والأخيرة « وتبتدىء مدة التقادم من وقت الضياع والسرقة . وترفع دعوى الملكية على من وجد المنقول تحت يده . ولهذا الاخير حق الرجوع على من أخذه منه » . ويستفاد من هذه النصوص كما قلنا بأن قاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » انما تصح ضد من خرج المنقول من يده بارادته وبغير السرقة والضياع ، أى يكون المالك للمنقول قد تركه وأهمل شأنه ، وهذا نادر الوقوع ، أو يكون قد سلمه لأمين أو وكيل أو مستأجر ، أى وضع ثقته فيمن لا يستحقها ، وهو كثير الوقوع نغناه من ائتمنه وأنكر عليه الحق

وهناك ملاحظتان هامتان لاجل الالمام بهذا الاستثناء الخاص بالسرقة والضياع

اولاً : ان المادة ٦٠٨ مدنى و٢٢٧٩ فقرة ٢ فرنسى لاتشير الى علاقة المالك الحقيقى بالسارق أو بالشخص الذى وجد الشيء الضائع^(١) وما كانت حاجة تدعو الى الاشارة الى السارق أو من وجد الشيء الضائع ، لان كلا منهما لا يعتبر واضح يد بحسن نية . وعلى ذلك تصح دعوى تثبيت ملكية المنقول ضدّها طالما أنّهما لم يتعلّكا المنقول بالتقادم الطويل أى مدة ١٥ سنة . وما قرره المادة ٦٠٨ المذكورة انما هو خاص بعلاقة مالك المنقول ، فى حالتى السرقة والضياع ، بالغير^(٢) أى الشخص الذى وصل المنقول الى يده من طريق السارق أو من طريق من وجد الشيء الضائع . وعلى ذلك تصح على هذا الغير دعوى تثبيت الملكية من قبل المالك الحقيقى ؛ انما لا تصح الا فى ظرف مدة ثلاث سنوات فى حالتى السرقة والضياع

٤٠٧ - ثانياً . يجب أن يكون هذا الغير وهو الحائز للمنقول حسن النية . فاذا حاز الشيء بسوء نية أى وهو يعلم بأنه مسروق أو ضائع صحت ضده دعوى تثبيت الملكية وظل الجواز يرفع الدعوى قائماً حتى يتملك المنقول بالمدة الطويلة أى بمدة ١٥ سنة . وهذه القاعدة الاخيرة مستفادة من الفقرة الأخيرة للعادة ٢٢٧٩ فرنسى حيث قالت « ... ولهذا الاخير (أى الحائز للمنقول) حق الرجوع على من أخذه منه » وذلك لان الغير لا يملك حق الرجوع على من سلمه المنقول المسروق أو الضائع الا اذا كان هذا الغير حسن النية ولم يكن شريكاً للسارق أو لمن وجد الشيء الضائع . وذلك هو المستفاد من المادة ٢٦٤/٣٣٣ مدنى حيث قررت « بيع الشيء المعين الذى لا يملكه البائع باطل . انما يصح اذا أجازّه المالك الحقيقى » ومن المادة ٢٦٥/٣٣٤ مدنى اذا قالت بأنه « اذا باع أحد شيئاً على انه مملوك ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع جاز للمشتري أن يطلب تضيّمات^(٣) اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع »^(٤) . ويقابل هاتين المادتين المصريتين المادة ١٥٩٩ فرنسى وهى التى رجع اليها الشارحون الفرنسيون

في تقرير القاعدة التي قلنا بها الآن في أن لا محل لرجوع المشتري على البائع بتعويضات أى بتضمينات الا في حالة ما اذا كان المشتري حسن النية أى يجهل أن المبيع ليس مملوكا للبائع^(١)

جـ - في اسباب قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »

وفي نتائج هذه القاعدة

٤٠٨ - ان قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول » قاعدة تخالف ما تقرر بشأن الملكية في المقارات . وهي تخالف ايضاً القاعدة رومانية الاصل المشهورة القائلة بأنه لا يجوز للانسان أن يملك غيره اكثر مما يملك هو . لان حائز المنقول يصبح بفضل قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول » مالكا للمنقول الذي اشتراه من غير المالك . وربما كان هذا الاخير مجرد أمين للشئ أو مستأجر أو حائز مرتين . ويصبح المشتري أيضاً مالكا للمنقول أخذاً بالقاعدة المتقدمة حتى ولو فسخ عقد التملك الموجود تحت يد البائع بسبب تحقق الشرط الفاسخ الذي كان معلقاً عليه عقده هو أى عقد التملك الموجود تحت يد البائع . وهذا أيضاً على خلاف القاعدة رومانية الاصل القائلة بأن الغاء الاصل يتبعه الغاء ما ترعرع عنه . واذا كانت قاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » هي على ما نرى مخالفة للاصول الاساسية للقانون فلماذا تقرر حينئذ وما هو السبب في تقريرها على ما فيها من التناقض البين مع المبادئ القانونية ؟ السبب في تقريرها الاخذ بمراعاة الضرورات العملية والاقتصادية الدقيقة لمهولة تداول المنقولات في أيدي المتعاملين ، حيث لم تجر العادة والعرف على تحرير سند كتابي عند نقل ملكية المنقول من يد الى يد . واذا كانت العادة هي هكذا فكيف يمكن الزام المشتري على تقديم سند يفيد تملكه للمنقول . واذا كان نقل المنقول من يد الى يد لا يستدعي حتماً تحرير سند فيما يتعلق بتداول المعادن النفيسة المتداولة في الايدى والمعاملات

كالعملة والنقود ، فان الاستحالة واحدة أيضاً في بقية الاشياء المنقولة لكثرة تداولها في الايدى ولشيووعها في المعاملات . فهل اذا اشترى الانسان ساعة من ساعاتي أو قطعة قماش من بائع الاقشة وجب عليه أن يطلب الى البائع اثبات ملكيته لما يبيعه ؟ طبعاً لا يحصل ذلك . والا اذا وجب هذا الطلب والتحقيق واشترى المشتري دون أن يتحقق بالادلة الكتابية من ملكية البائع له ، وأصبح المفترى بعد ذلك معرضاً لدعوى تثبيت الملكية من جانب المالك الحقيقي^(١) لثالث الطائفة عن المعاملات وأرتفعت عن المعاملات التجارية أخص خصائصها وهي السرعة . هذا وفوق ما تقدم فانه اذا تعارضت مصلحة المالك الحقيقي ومصلحة المشتري وجب تفضيل مصلحة هذا الاخير لان القانون يفترض فيه حسن النية أي انه لم يصدر منه ما يؤاخذ عليه . وأما الآخر وهو المالك الحقيقي فانه يؤاخذ باهماله وسوء اختياره لأمينه ووكيله . ويقول المثل الالماني « من أساء وضع ثقته فليبحث عنها حيث وضعها »^(٢) . وأما اذا خرج المنقول من يد مالكة لسبب خارج عن ارادته كالسرقة والضياع فان القانون يعمل على حمايته ويضحي في سبيل هذه الحماية الغير أي واضع اليد حسن النية ، اذ يبيع للمالك الحقيقي حق رفع دعوى تثبيت ملكيته للمنقول ضد واضع اليد ، وهو على ما فيه من المضايقة والشدة بالنسبة لواضع اليد ، الا أن القانون خفف من هذه المضايقة أيضاً في أن ألزم صاحب المنقول رافع الدعوى برد الثمن ودفعه الى واضع اليد ، وذلك فيما اذا كان الغير قد اشترى المنقول من سوق عام أو من تاجر اعتاد بيع نوع هذا المنقول ، أي في حالات وظروف كانت تدعو المشتري الى الاطمئنان وهو يشتري المنقول (المادة ٨٧/١١٦ مدني و٢٢٨٠ فرنسي . وسيأتي ذكرها بعد)

٤ — في محل الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »

٤٠٩ — ان من شأن التعرف على أسباب تقرير القاعدة السابقة نرى انها لا تتمشى الا على المنقولات المادية ^(١) لانها هي وحدها التي تصح حيازتها حيازة مادية ^(٢) وهي التي لا يصح أيضاً تعطيل التعامل فيها باشتراط الكتابة في نقل ملكيتها من يد الى يد . ويستفاد ذلك من عبارة وضع اليد العيني ^(٣) الواردة بالمادة ١١٤١ فرنسي باعتبار ان هذه المادة تقرر حكماً عاماً ، وباعتبار ان وضع اليد العيني هو هو نفس الحيازة المادية

ويترتب على ذلك انه لا يصح الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول » في الاحوال الآتية :

١ . — حقوق الدائنية ^(٤) (أى الدين من جهة الدائن) أو بعبارة أخرى لمنقولات المعنوية ^(٥) ، وذلك لان حقوق الدائنية لا تنتقل في المعاملات الا ليلاً . واذا انتقلت من يد الى يد فيحصل الاسقاط فيها بالكتابة ولكن هناك حقوق دائنية تنتقل من ذلك من يد الى يد دون الحاجة الى كتابة وهذه الحقوق هي السندات الحاملها ^(٦) والاوراق المالية للمصارف ^(٧) الاسهم ^(٨) والسندات ^(٩) الخاصة بالشركات المالية والتجارية والصناعية ، سندات دين الحكومة ، اذ تعتبر هذه الاوراق كلها ملكاً لحاملها . وتتمشى قاعدة بازة المنقول سند تملكه على هذه الديون التي وان كانت غير مادية ^(١٠) ولكنها اندمجت كل الاندماج بنفس الورقة المثبتة لها واتصلت بها اتصال الوجود لعدم وأصبحت الورقة هي محل التداول في الايدي بحيث تنتقل ملكية الحق

(١) Meubles corporels دي ملس ج ٣ من ٢٠٣ ن ٤٦

(٢) Détention matérielle (٣) Possession réelle (٤) Créances

(٥) Meubles incorporels (٦) Titres au porteur

(٧) Billets de banque أو Banknote (٨) Actions

(٩) Obligations (١٠) Valeurs immatérielles

بانتقال الورقة نفسها . وقد كان لهذه الاوراق أهمية ظاهرة في الاوقات الحاضرة لشيوع الشركات على اختلاف أنواعها^(١)

وهل تنطبق هذه القاعدة المقررة بالمادتين ٦٠٧ و ٦٠٨ على المحلات التجارية وما هي الفائدة التي تعود من انطباقها عليها أو عدم انطباقها ؟ تظهر الفائدة فيما يأتي : اذا بيع محل تجارى وطلب البائع فسخ البيع لعدم دفع الثمن وقضى بالفسخ وكان المحل التجارى قد بيع من المشتري الى مشتر ثان فهل يجوز لهذا الاخير أن يدفع دعوى البائع قبله بدفع حيازة المنقول سند لتملكه ؟ فإذا نظر الى المسئلة من الوجهة الفقهية والعلمية البحث لما كان هناك محل للتردد في تقرير الرأى في هذه المسئلة ، لان المحل التجارى هو منقول معنوى ومتى كان كذلك فلا يصح التمسك بقاعدة حيازة المنقول سند لتملكه . ولكن لما كانت للحاجات والضرورات العملية أثر في تقرير الاصول القانونية من كل اعتبار آخر لزم على ذلك أن يطمئن المشتري للمحل التجارى حتى لا تضطرب طمأنينته باحتمال رجوع المالك الاصلى عليه ومطالبته اياه برد المحل التجارى ، بينما هو ، أى المشتري ، لا يعرفه ويجهله كل الجهل . ويعمل القضاء الفرنسى الى الاخذ بالقاعدة المذكورة الخاصة بحيازة المنقول ، ولكنه يأخذ بها مع تردد اذ يقول بها أحيانا ولا يقول بها حيناً^(٢) على ان هذا الاشكال القانونى قد زال امام صدور قانون ١٩ مارس سنة ١٩٠٩ الفرنسى الخاص ببيع ورهن المحلات التجارية اذ قرر بأنه لا بد من اشهار حق امتياز البائع وحق دعوى الفسخ حتى يكون ذلك حجة على الغير . أما ولا يوجد بالقانون المصرى قانون مثل هذا القانون الفرنسى فيعتبر ان الاشكال لا زال قائماً هنا

٢ . — من المنقولات التي لا تتمشى عليها القاعدة أيضاً السفن لان التبايع

(١) أبى وروج ٢ ف ١٨٣ — بودرى المطول مع تيسيه ن ٨٤١ و ٨٤٢ و ٨٤٤ —
 ربون كان مع رينو . وجز القانون التجارى ن ١٤١٠ — دى هلس ج ٣ ص ٢٠٣ ن ٤٦
 (٢) س ، ٩٠٥ ، ٢ ، ١٢١ ومقال Wahi

فيها لا بد وأن يكون بالكتابة (المادة ٥ تجارى و ١٩٠ فرنى)

٣. — ولا تنطبق القاعدة المتقدمة على منقولات الاملاك العامة كالاىاء الموجودة بمتاحف الحكومة^(١) ولا يجوز حماة المشترى لهذه الاىاء لانه لا يجوز التصرف فيها (المادة ٩/٢٥ مدنى الفقرة ١٠) والمسئلة خلافية بين فقهاء القانون الفرنسى فيما اذا كانت المنقولات تعتبر من الاملاك العامة أم لا^(٢) . ولا قيمة لهذا الخلاف عندنا أمام نص المادة ٩ أهلى بالفقرة العاشرة . أما المادة ٢٥ مختلط فانها لم تنص على ذلك

٤. — ولا تنطبق القاعدة المقررة بالمادتين ٦٠٧ و ٦٠٨ على المجموعات المنقولة^(٣) كالتركة المكونة من المنقولات^(٤) . وذلك لانه من الواضح الجلى أن هاتين المادتين لم يتقرر وضعهما لاجل الفصل فيما يقع بين وارثين من النزاع . وعلى ذلك اذا وضع أحدهما يده على منقول من منقولات التركة فلا يجوز له التمسك بالقاعدة المذكورة ضد الوارث الآخر فى دعوى الميراث^(٥)

٥. — ولا يجوز الاخذ بهذه القاعدة أيضاً فيما اذا تملك المشترى للمنقولات بطريقة التبعية لمقارحتى ولو لم تكن المنقولات عقارات بالتخصيص . وعلى ذلك اذا اشترى المشترى بيتاً بما فيه من الاثاث أو الرىاش فليس له أن يدفع دعوى تثبيت الملكية المرفوعة بالبيت وأثاثه ، بدفع حيازة المنقول سند لتملكه ، فيما يتعلق بالمنقول . بل تعتبر دعوى تثبيت الملكية منصبة على البيت برمته وبما فيه^(٦)

(١) د ، ٩٧ ، ١ ، ٢٥٧ ومقال Guénée — س ، ٩٦ ، ١ ، ٤٠٨ — د ، ٢ ، ٤

٤٤ والكتب الخطية الموجودة بالمكاتب العامة : دى هلس ج ٣ ص ٢٠٤ ٤٨

(٢) كابتان ٩١٥ (٣) Universalités mobilières (٤) Succesion

mobilière (٥) Pétition d'hérédité ولا تنطبق القاعدة بوجه عام على أى مجموعة

مكونة من منقولات ، كمنقولات بيت ، أو منقولات مسكن : بودرى المطول مع تيسيه ٨٣٩

— امري ورو ج ٢ ف ١٨٣ — دى هلس ج ٣ ص ٢٠٤ ٤٧ (٦) كابتان ٩١٥

و- في المصادر التاريخية لقاعدة

« الحيازة سند الملكية في المنقول »

٤١٠ - لم تؤخذ القاعدة عن الرومان اذ لم يروا محلاً للتفرقة في انتقال الملكية بين المنقولات والعقارات . بل هم يقررون قاعدتهم العامة المعروفة فيهما معاً وهي أنه لا يجوز للمالك أن يملك أكثر مما يملك . وعلى ذلك يصبح مشتري المنقول مهدداً بما يهدد به البائع له . ويجوز للمالك الحقيقي طلب المنقول من أى شخص وجد بيده حتى ولو كان مشتريه قد اشتراه بحسن نية . والتقدم هو الوسيلة الوحيدة في دعم الملكية وتوكيدها . الا أن الرومان عملوا على التخفيف من شدة القاعدة فجعلوا مدة التقدم في المنقول سنة واحدة ثم قرر « جوستينيا » أن تكون ثلاث سنوات

وكانوا يقررون أيضاً بأنه اذا كان الشيء مسروقاً أو ضائعاً فقد أصبح مشوباً بعيب يحول دون تملكه بالتقدم ، ولا تزول عنه شائبته الا برجوعه الى يد صاحبه . وعلى ذلك يجوز لهذا الاخير الحق في المطالبة به الى ما لانهاية دون أن يكون حق المطالبة معقوداً بأجل مضروب من قبل . هذا ولما كان تعريف الرومان للسرقة تعريفاً واسع المعنى^(١) فقد ترتب عليه ادماج أحوال كثيرة ضمن السرقة والخافقها بها ، أى دوام حق المطالبة بالشيء الى ما لانهاية . وقد حصل ذلك فيما اذا كان المنقول قد خرج من يد صاحبه بمحض ارادته ، ولكن حرم منه المالك فيما بعد بسبب خيانة الامانة

وبما يرى أن القانون الروماني لم يعبأ وهو في سبيل حماية المالك ، بمصلحة واضع اليد وما تدعوه الضرورات والحاجات الاقتصادية في المجالات التجارية من رعايته

(١) اذ يقولون *Contrahatio fraudulosa*

(أموال ذمى بـ ٧٥)

ولقد ظل العمل جارياً على الاخذ بهذه الاصول الرومانية بفرنسا حتى القرن السابع عشر . وعلى ذلك كان يجوز للمالك الحقيقي للمنقول أن يطلب استرداده الى أى حائز له طالما أن مدة التقادم لم تمض بعد

ولكن لما كثرت المعاملات وتعددت أنواع تداول المنقولات بين الايدي أصبحت قاعدة حق استرداد المنقول مما تتعارض مع الرقي الاقتصادى العام . وفوق ذلك فإن كثيراً من المسائل أصبح محل خلاف عظيم بين المفسرين

ذلك ان بعض الجهات كان يحمل مدة التقادم ثلاثين سنة ، والبعض الآخر كان يأخذ بالمدة الرومانية الاخيرة أى ثلاث سنوات . وقد لوحظ ان هذه المدة طويلة . ولقد كان الشارحون يقولون فى تلك العصور أيضاً بأنه لا بد فى هذا التقادم بثلاث سنوات أن يتوافر أيضاً السبب الصحيح وحسن النية . على انه كان من الصعوبة بمكان اثبات السبب الصحيح ، مع ان العادة جرت من زمن بعيد على عدم أخذ سند كتابى عند التعامل فى المنقولات

هذا ولما كان الشارحون السابقون قد اختلفوا أيضاً فيما اذا كان يجوز تملك المنقول المسروق أم لا يجوز ، كان من شأن ذلك أيضاً أن يزيد الحال اضطراباً فوق اضطرابها لان من شأن كل هذا أن لا يجعل المشتري للمنقول مستقراً على حال بل يظل مضطرباً لا يعرف فيما اذا كان قد أصبح مالكا ملكاً نهائياً أم لا

لذا عمل رجال الفقه والقضاء على معالجة الحال وواصلوا مجهوداتهم فى سبيل تهذيب ما شاب القوانين من نقص وغموض

فبدؤا عملهم أولاً وكان ذلك كله قبل وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ بأن قرروا بأنه اذا اشترى المشتري المنقول من سوق أو من طريق البيع العام ورفع عليه المالك الحقيقى دعوى استرداد المنقول جاز لحائز المنقول أن يطلب الى هذا المدعى أن يرد اليه الثمن الذى دفعه (قال بذلك بوتيه) وهذه القاعدة هى التى قررتها المادة ٢٢٨٠ مدنى فرنسى والتى قررتها المادة ٨٧ / ١١٦ مدنى مصرى وهى قاعدة أساسها العدالة كما نرى

ولما جاء القرن التاسع عشر ظلت المجهودات سائرة في طريقها وتقررت هذه القاعدة الهامة جداً وهي « الحيازة سند الملكية في المنقولات » وقد ذهب الشارحون في تفسيرها مذهبين . مذهب قال به بوتيه . وهو أن واضع اليد لا يلزم بأثبات السبب الصحيح بعد تملكه بالتقادم بمضى ثلاث سنوات . بل يعتبر بمجرد وضع اليد قرينة على وجود سبب صحيح في مصلحة واضع اليد . ومذهب آخر كانت له الغلبة على هذا المذهب الاول في مجال العمل ودلت عليه كتابات عدة فيما كان يحجره المعلقون على الاحكام من الابحاث المستفيضة ، وهو أنه اذا وجد منقول مادي في حيازة واضع اليد بحسن نية فلا تقبل ضده دعوى الاسترداد من قبل مدعى الملكية له . أما الأدلة التي روعيت في تقرير هذه القاعدة ، وكانت كلها أدلة عملية صرف ، فقد كانت هي الاخرى محل خلاف ونزاع . ولكن الدليل الصحيح في تبرير هذه القاعدة الهامة في أن « الحيازة سند الملكية في المنقولات » فانه يرجع الى المنفعة الظاهرة التي تعود على التجارة ، اذ قرر بورجون^(١) أحد الشارحين السابقين على وضع القانون الفرنسي بأنه « يترتب على جواز استرداد المنقول من يد الحائز له ضرر بالمصلحة العامة لان العادة جرت أن الانسان لا يطالب بسند عند ما يشتري منقولا بل يجري الناس في تعاملهم بالمنقولات باعتبار أن كل واحد يثق بالآخر ويطمئن الى أن من يملكه واضع يده على ما يبيعه »

هذه الاعتبارات العملية التي لوحظت قبل وضع القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤ هي هي بعينها التي راعاها الشارع الفرنسي في تلك السنة عند ما وضع قانونه المعروف الآن . ولقد نقل هذا الشارع نفس الصيغة التي قال بها « بورجون » المتقدم بما يدل على أنه راعى في نقلها نفس الاعتبارات العملية التي قال بها هذا الشارع . وهذه الاعتبارات واحدة عند الشعوب الآخذة بقسط من المدنية . ولذا اتفقت

الشرائع المصرية على الاخذ بها في تقرير القاعدة القائلة بحيازة المنقول سند تملكه وهكذا فعل القانون المصري المختلط سنة ١٨٧٥ (المواد ٧٣٣ و ٧٣٤) والقانون الاهلي سنة ١٨٨٣ (المواد ٦٠٧ و ٦٠٨) والقانون الالماني سنة ١٩٠٠ (المادة ٩٣٢) والقانون السويسري سنة ١٩٠٧ (المواد ٩٣٢ و ٩٣٣). أما الشرائع المصرية الاخرى التي أصرت في مناهجها التشريعية على الاخذ بالقاعدة الرومانية فانها قليلة المسد (القانون الاسباني والمادة ٤٦٤. والقانون البورترغالي والمادة ٥٣٢^(١))

ز - في المسوغ القانوني

لقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »

٤١١ - على أى الاصول القانونية تستند نظرية « الحيازة سند الملكية في المنقول » المقررة بالمادتين ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ؟ اختلف في ذلك الشارحون وقالوا بمذهبين لا يصلحان في تبرير النظرية تبريراً قانونياً يقول مذهب بأن واضع اليد على المنقول يصبح مالكا بسبب التقادم الوقتى^(٢) أى التقادم الذى يتم في الحال بمجرد وضع يد بدون حاجة الى زمن معين. وسند أصحاب هذا المذهب هو ورود المادة ٢٢٧٩ بالفصل المنعقد للتقادم وبالنوع الخاص بمدة التقادم. والمواد ٨٦ و ٨٧ مدنى واردة بالتقادم المكسب والمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ واردة بفصل اثبات الحقوق العينية^(٣) أما هذا التعليل فلا يمكن الاخذ به لان القول « بالتقادم الوقتى » قول

Prescription instantanée (٧)

(١) كلبان ص ٩١٨

(٢) يقول دى هلس (ج ٣ ص ٣٥٨ ن ١٣٣) « ان التقادم المكسب يتمشى على المنقولات كما يتمشى على العقارات . وفي غمضه على المنقولات يعتبر التقادم المكسب تقادما لساعته أى تقادما وقتياً ، ان صح القول ، بتسمية مجرد تملك الشيء دون مرور زمن ، تقادما — انظر أيضا دى هلس ج ٣ ص ٣٠١ ن ٤١ اذ سعى تملك المنقول بالحيازة تقادما وقتياً . ويقول ان وضع اليد على المنقول بالشروط القانونية يمتزج بالملكية ، بل هو الملكية بذاتها : ج ٣ ص ٢٠٣ ن ٤٠

تعارض أجزأؤه مع بعضها البعض اذ التقادم هو وضع اليد الطويل . وهل يصح أن يقال مثلاً بوجود عقد يتم لوقته دون رضا المتعاقدين ، أو زواج بلا زوجين ؟ ^(١)

ومذهب يقول بالقرينة القانونية ^(٢) باعتبار أن المادة ٢٢٧٩ فرنسي المقابلة للمواد المصرية السابقة إنما تقرر لواضع اليد قرينة قانونية على انه مالك لما وضع يده عليه ، أي قرينة ملكية ، وهي القرينة القانونية التي لا تقبل دليلاً عكسياً ما ^(٣) . بمعنى أنه لا يجوز للمالك الحقيقي الادعاء بملكيته للمنقول الموجود تحت يد الحائز له . ويرد على هذا المذهب أن المادة ٢٢٧٩ تقرر من طريق الافتراض والاخذ بالقرائن ، بل هي على العكس من ذلك تؤكد بما تحكم به ، وتقرر بأن واضع اليد مالك ، ومالك أيضاً

وربما كان المذهب الاصح من حيث التعليل القانوني لهذه القاعدة يرجع الى التاريخ . ذلك لانه نظراً للفوائد العملية التي ظهرت من جراء الاخذ بهذه القاعدة رأى القانون نفسه وبالذات أن يجعل انتقال الملكية في المنقول نتيجة وضع اليد نفسه المصحوب بحسن نية ، وأن يحو أيضاً حق المالك الحقيقي في طلب استرداده اذا كان قد خرج المنقول بمحض ارادة هذا الاخير . وعلى ذلك يرى أن المادة ٢٢٧٩ فرنسي والمواد المصرية المقابلة إنما قررت حالة خاصة في نقل الملكية بحكم القانون نفسه ^(٤) وهذا هو مذهب كولين وكابتان ^(٥) وهو في نظرنا أصح المذاهب الثلاثة

هذه هي المذاهب الثلاثة التي أدلى بها الشارحون في تعليل قاعدة « الحياة سند التملك في المنقولات » وهي مذهب التقادم الوقتي ومذهب القرينة القانونية والمذهب التاريخي . فبأي مذهب أخذ القضاء ؟ يظن البعض أن القضاء الفرنسي أخذ بمذهب القرينة القانونية لان أحكاماً عدة قررت بأن المادة ٢٢٧٩ إنما تستند

(١) كابتان ص ٩١٨ (٢) Présomption légale (٣) Présomption irréfragable أي Juris et de jure (٤) Acquisition lege (٥) ص ٩١٨

في حكمها الى قرينة الملكية ؛ وهي قرينة لا تقبل الدليل العكسي ^(١) . ولكن الحقيقة ان هذه الاحكام لم ترد من عبارة قرينة الملكية ما يدل على القرينة القانونية المقررة في الالبات . انما أرادت أن تقول فقط أن من يدعى ملكيته لمنقول يجب عليه حتى يضمن نجاح ادعائه أن يقوم باقامة الدليل على أن وضع يد الحائز اما أن يكون معيباً قد شابهت شائبة قانونية ، أو أن واضع اليد كان سيء النية . وهذا هو ما يستفاد أيضاً من نفس المذهب القائل بالتملك بحكم القانون ^(٢)

ح . - المسوخ القانوني

وشروط الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »

١٢٤- ان من بين الشروط اللازمة لاجل الاخذ بالقاعدة ، وهي الشروط التي قال بها العمل وأقرها القضاء ، شروطاً تتفق مع المذاهب الثلاثة ، كما أنه توجد شروط لا يمكن أن تتفق الا مع مذهب التملك بحكم القانون

(١) في الشروط العامة التي تتفق مع المذاهب الثلاثة : انه مهما قيل بشأن تفسير قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقولات » فانه مما لا شك فيه أنه لا بد من توافر شروط ثلاثة لازمة لصحة الاخذ بالقاعدة . وهي أن يكون هناك وضع يد . وأن يكون وضع اليد قد توافرت فيه شروط وضع اليد المقررة بالمادة ١١٢/٨٦ مدني ٢٢٧٩ فرنسي . وأخيراً أن يكون وضع اليد مصحوباً بحسن النية

الشرط الاول : يجب أنه يكون هناك وضع يد : بمعنى ذلك لا يجوز الاخذ بالقاعدة المقررة بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدني الا اذا كان هناك جسم مادي ^(٣) أي حيازة مادية ^(٤) للمنقول محل وضع اليد . ويجب هنا أن نغير الى ما هو معروف في

(١) ٤١٣ ، ١ ، ٩٠ ، ٤ د — س ١٩٩ ، ١ ، ٨٩ ، ٤ د — ٤٤١ ، ٢ ، ٩٢ ، ٤ د ومقال

Corpus (٣)

Acquisition lege (٢)

Planiol

Détention matérielle (٤)

القانون التجارى من الآراء فيما يتعلق من الوجهة العملية بوجود الحيازة الفعلية أو عدم وجودها عند تسليم مفتاح المخازن الموجودة بها البضائع وفيما اذا كان يعتبر ذلك وضع يد حقيقى أم لا (المادة ٢٧٢/٣٤٣ مدنى). وكذلك فى حيازة بوليصة الشحن بالسكة الحديدية أو مشاركة النقل ، وفيما اذا كانت الحيازة تنطبق عليها المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى فرنسى أم لا تنطبق

هذا وما دام ان المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى تشترط وضع اليد عند الحائز للمنقول فانه يترتب على ذلك ، اذا أخذنا بالنظرية القديمة لشارحى القانون^(١) فى أن الحائزين العرضيين بما أنهم لم يكونوا واضعى اليد بالمعنى القانونى الدقيق ، ما دام أنه تنقصهم نية التملك : قلنا يترتب على ذلك أن هؤلاء الحائزين العرضيين لا يستطيعون الاحتجاج بقاعدة «الحيازة سند الملكية فى المنقولات»^(٢) لا ضد من سلمهم المنقول وهذا أمر لا شك فيه فيما اذا ثبتت الحيازة العرضية ، ولا ضد الغير الذى يدعى ملكيته للمنقول . فاذا جاء مثلاً مقرض واقرض مبلغاً وتطوع آخر ورهنه رهناً حيازياً بعض سندات لحاملها ضماناً تحت يد المقرض ، ثم جاء شخص وادعى ملكيته لهذه السندات المرهونة ، وكان غير شخص المقرض وشخص الراهن ، فلا يجوز للمقرض الاستناد الى القاعدة المعروفة لاجل دفع الدعوى قبله . وهذا محل للغرابة وموضع للدهشة

على أن العمل جرى من طريق آخر على الافلات من هذا المأزق . وذلك أن القضاء الفرنسى قرر بأنه يجوز للدائن المرتهن رهناً حيازياً والسودع لديه أن يدفع الدعوى الملكية المرفوعة عليهما من الغير بأنهما واضعا اليد ، أى يدفعان بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول »^(٣)

على أن القضاء الفرنسى قد ذهب بعيداً أيضاً . ذلك أنه لم يكتف فقط بأن

(١) Théorie classique (٢) دى مجلس ج ٣ من ٢٠٤ ن ٥٠

(٣) د ، ٩٢ ، ٣٧٥ — س ، ٩٢ ، ٢ ، ١٦١ ومقال Lyon-Caen — س ، ٩٨ ،

٤٨١ ، ١ — Tissier — د ، ٩٠٦ ، ١ ، ٧ — س ، ٩٠٦ ، ١ ، ٤٠ — كاباتان

قرر بأن المودع لديه يعتبر واضح اليد بالنسبة للغير^(١) بل قرر له فوق ذلك بأن له الحق في استرداد المنقول من هذا الغير فيما اذا خرج المنقول من يده برغم ارادته^(٢). وانما أوحى الى القضاء بتقرير هذه الآراء القيمة الاعتبارات العملية وضرورات التعامل بين الافراد ، وهى نفس العوامل الاساسية التى مهدت الطريق للشارع في تقرير قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »

الشرط التالى : شروط وضع اليد المفيض : لا يكتفى فقط القول بوضع اليد بل لا بد فيه أيضاً من الشروط اللازمة لصحته حتى يضمن حماية القانون له ، وهى أن يكون مستمراً وهادئاً ومرئياً للكافة ، ولا يشوبه غموض وإبهام (المادة ٧٦/ ١٠٢ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى) . أما شرط الاستمرار فلا محل له لان الأثر الاول لوضع اليد انما هو تملك اليد للمنقول فى الحال^(٣) ، وهو تملك بحكم القانون نفسه لا يتوقف على الاستمرار . وأما العيب الخاص بالأكراه فانه من المفروض فى حالة وضع اليد على المنقول انه لا أثر للأكراه ما دام أنه يجب فى واضح اليد أن يكون حسن النية وأن يكون وضع اليد هادئاً لا تشوبه شائبة الاعتداء على المالك . وعلى ذلك فلا يبقى الا الشرطان الاخيران وهما أن يكون وضع اليد معلوماً عند الكافة ، أى وضع يد علنى لاختفاء فيه ، وأن لا يكون مبهماً

أما عن هذا الشرط الاخير وهو شرط عدم الإبهام والغموض فقد قضى القضاء الفرنسى فى أحكام كثيرة بعدم صحة الاستعانة بالقاعدة المقررة بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى فى حماية أعمال ممقوتة قد شابها الغش والتدليس . ولعلنا نذكر بعد ما سبق لنا أن أشرنا اليه بشأن المرأة التى كانت تسكن امرأة أخرى فتوفيت هذه الاخيرة وادعت الاولى ملكيتها للحلى والمصاغات المتروكة عن المتوفاة وقالت بأنها تملكها بسبب الهبة اليدوية . والمرأة على قيد الحياة وقد وضعت يدها على المنقولات هى فى حل من الادعاء بملكيتها لها دون أن

(١) Tiers (٢) ٢٥٣ ، ١ ، ٨٨ د — س ٢٦٥ ، ١ ، ٨٨ ومثلا

(٣) Ambroise Colin

Possession instantanée (٣) ١٥٣ ، ٢ ، ٩٩ د - Ambroise Colin

تكون ملزمة على الادلاء بسبب الهبة تبريراً ليدها، وهي ليست ملزمة بهذا التدليل لأنها تستند في دعواها الى قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول » وقد حازت فسندها معها . ولكن الوارث للمتوفاة ، له هو الآخر أن يقيم الدليل على أن هذه الحيازة حيازة مبهمة مشوبة بالابهام والغموض ما دام أن المرأتين الباقية والمتوفاة كانتا في معيشة واحدة . وعلى هذه المعاشرة المشتركة بينهما وتلك المساكنة يحتمل أن يكون وجود هذه المنقولات تحت يد المرأة الباقية راجعاً الى أن المتوفاة قد ائتمنت زميلتها على هذه الاشياء ^(١) . على أنه يجب مراعاة أن المساكنة والمعيشة المشتركة ليست وحدها كافية لان تعيب يد المرأة الباقية على الاشياء وتجعل وضع اليد مشوباً بالابهام والغموض ^(٢) بل من شأن هذه المساكنة أن تمهد السبيل الى اثبات عيب الابهام في وضع اليد، وعلى الاخص فيما اذا وجدت هناك ظروف أخرى تؤيد هذه القرينة ^(٣)

وهناك مثل آخر قضى فيه القضاء الفرنسي أيضاً بشائبة الابهام والغموض . ذلك أن شخصاً لم يكن ساكناً مع المتوفى أنكر أولاً وضع يده على أوراق مالية قد أخذ أولو الشأن في التركة أن يبحثوا عنها . وعمل هذا الشخص على استئلام أربابها بمقتضى قسائمها ^(٤) بمعرفة شخص آخر سخره لذلك . ولما وقع ذلك كله وشعر أنه ربما يفضح أمره وتنكشف حاله عقد النية على أن يقول بوضع يده على هذه الاوراق المالية وادعى سبباً ليده عليها الهبة اليدوية . وقد قضى القضاء بأنه ليس أهلاً للتمسك بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقولات » لان يده على الاوراق قد شابها الغموض والابهام ^(٥)

(١) س، ١٠٢، ١، ٨٥ ومقال Planiol وهو السابق الاشارة اليه — د، ٩٠٤،

٢٨٩، ٢ (٢) د، ٩٠٤، ١، ٣٦٤ — س، ٩٠٤، ١، ١٣٦ (٣) د، ٩٠٠،

٢٨١، ١ ومقال Poncet — س، ٩٠٢، ١، ٣٣٤ ومقال Naquet — كاتبان س، ٩٢٠

Coupons (٤) (٥) كاتبان س، ٩٢٠ — د، ٩٠٤، ٢، ٢٨٩ ومقال

Planiol — س، ٩٠٣، ٢، ٤١ ومقال Ferron — د، ٩٠٦، ٢، ٢٤٦ — س،

٩١٠، ١، ٥٥٨ — ويعتبر أن هناك ايهاماً وغموضاً في اليد اذا وجدت أشياء ذات قيمة مملوكة

ولمن من أحد الزوجين مفروشات المنزل؟ هل هي للزوجة؟ أم للزوج؟ في ذلك تقول المادة ١١٨ من كتاب الاحوال الشخصية لقدري بأشأ ما يأتي: «اذا اختلف الزوجان حال قيام التكاح أو بعد الفراق في متاع موضوع في البيت الذي يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو الزوجة فإيصال للنساء عادة فهو للمرأة إلا أن يقيم الزوج البينة وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً له فهو للزوج ما لم تهم المرأة البينة وأيهما أقامها قبلت منه وقضى له بها ولو كان المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه. وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما»^(٢) ويجوز لدائن أحد الزوجين التمسك بهذه المادة إذا ما أراد المطالبة بحقوق مدينه^(٣)

ولما اشتهد الخلاف بين المحاكم بشأن جهاز المرأة المنوه عنه بالمادة ١١٦ عرض الاشكال على القضاء المختلط بدوائره المجتمعة وقصل فيه بحكم في ٢٩ ابريل سنة ١٩١٤^(٤) وقرر الاخذ بالمادة ١١٦ المذكورة اعتماداً على المادة ٣٣٦ من لأئحة انشاء المحاكم المختلطة وقرر الاباحة للزوجة بأقامة الدليل في غير حالة افلاس الزوج على ملكيتها لهذا الجهاز، مع مراعاة مركزها الاجتماعي ومركز من جهازها^(٥)

الشرط الثالث . حسن النية : لاسبيل لواضع اليد في الاستعانة بالقاعدة المعروفة ضد المسترد للمنقول الا اذا كان حسن النية . وطبقاً للقواعد العامة يكفي في حسن النية أن يكون موجوداً وقت البدء في وضع اليد وليس من الضروري أن يظل موجوداً فيما بعد (المادة ٢٢٦٩ فرنسي وحكمها عام) والمفروض أن حسن النية موجود (المادة ٢٢٦٨ فرنسي وحكمها عام) وعلى من يدعى الملكية

للمتو بأيدى الخادمين أو بيد غيرهم ، وادعى واضع اليد أنها تسلمت اليهم على سبيل الهبة . والامر في هذه الاحوال يرجع للظروف الخاصة . ويلاحظ هنا عدم جواز تجزئة الاقرار على المقر . وعلى الورثة اقامة الدليل على أن السبب في الحيازة الحاضرة يرجع لسرقة أو التبيد أو غير ذلك : دى مجلس ج ٣ من ٢٠٥ — ٢٠٦ ن ٥٢ — وتعتبر اليد مبهمة أيضاً اذا كان المنقول محل

الحيازة مشاعاً مع من يطلب بتثبيت ملكيته اليه . بودري المطول مع تيسيه ن ٨٦٠

(١) شرح الاحكام الشرعية للشيخ زيد بك ص ١٢٩ (٢) ج ٣ من ٤٤٥ و ٤٧٠٩ و ٤٧١١ و ٤٧١٦ (٣) جازيت ٤ من ١٥٣ عدد ٢٧٥ (٤) راجع التنفيذ للدكتور ابو هيف بك ص ٢٦٤ — ٢٦٩ ن ٤٢٢ — ٤٢٤

للمنقول أن يقيم الدليل على سوء النية ، وله الاستعانة في ذلك بجميع أوجه الاثبات الممكنة^(١)

٤١٣ - ٢) في السُّرُوط الخاصة التي تتعلق فقط بشرط التملك
بحكم القانون :

هذه الشروط هي التي تتفق ، وتتفق فقط مع المذهب الذي رجحناه عن المذهبين الآخرين وهو مذهب التملك بحكم القانون^(٢) وعلى الاخص فيما اذا استبعدنا المذهب القائل بالتقادم الوقفي

فاذا فرضنا صحة هذا المذهب مذهب التقادم الوقفي وأن القاعدة المعروفة انما يرجع في تطبيقها القانوني الى هذا المذهب لترتب على ذلك أن الاخذ بها موقوف على توافر الشروط اللازمة لصحة التقادم القصير ، أي ليس فقط على شرط حسن النية بل على شرط اثبات وجود سبب صحيح ، كما كان يقول بذلك بوتييه وعدد كبير من شارحي القانون الفرنسي القديم ، وها قد رأينا أن العمل أبي الاخذ بهذا المذهب لانه معطل للمعاملات ويتعارض مع الاعتبارات والضرورات العملية كما أوضحناه في مكانه

وهل في ترك المذهبين الاولين جانباً ، وفي الاخذ بالمذهب الثالث مذهب كولن وكابتان في أن تملك المنقول هو بحكم القانون ، ما يفيد بأنه لا حاجة مطلقاً الى السبب الصحيح ؟ طبعاً لا . لانه يجب على واضع اليد أن يكون حسن النية حتى يستطيع الاستفادة من الاخذ بالقاعدة المعروفة . ومن المستحيل أن يعتبر واضع اليد حسن النية اذا جاء واعتدى بيده على المنقول بمحض ارادته . وعلى ذلك واضع اليد حسن النية هو فقط ذلك الشخص الذي استلم المنقول بناء على عقد ناقل بطبيعته للملكية كالبيع والهبة والوصية وغير ذلك ، وكان يجهل وقت التعاقد ما هنالك من الشوائب التي تشوب عقده . وموجز القول يجب على واضع اليد

(١) د ، ١ ، ٩٠ ، ٤١٣ ، — س ، ٨٩ ، ١ ، ١٩٩ — كابتان ص ٢٦١

Acquisition lege (٢)

أن يكون ذا سبب صحيح . انما تجب ملاحظة أن السبب الصحيح لم يشترط هنا الا لاجل أن يكون أمانة على حسن النية ودليلا عليه ، ولا يعتبر في ذاته ، كما في مذهب التقادم الوقتي ، شرطا لازما لوضع اليد . ويترتب على ذلك تيجتان لازمتان لهذا المذهب ، مذهب التاريخ ، ولا يمكن الاخذ بهما في مذهب التقادم الوقتي :

النتيجة الأولى : ان السند الظني أو التخميني ^(١) يصح أن يتخذ به واضع اليد ذريعة له في الاستناد الى القاعدة المعروفة القائلة بأن « الحيازة سند الملكية في المنقول »

النتيجة الثانية : ليس من اللازم على واضع اليد أن يقيم الدليل على وجود السبب الصحيح ، لانه لا يفترض فيه فقط بأنه حسن النية ، بل يجب أن يفترض فيه أيضا بأن لديه سببا صحيحا . فاذا قال واضع اليد على منقولات ان السبب ليد به هو الهبة اليدوية فلا يلزم بأثبات هذه الهبة بل يكفي القول بها ليس الا . وأما مدعى الملكية فانه ملزم بأقامة الدليل على أنه ليس هناك هبة يدوية ، أو أن واضع اليد قد حاز المنقول بسبب آخر غير الهبة اليدوية المقول بها ، أو أن وضع اليد هذا مشوب بالابهام والغموض ^(٢) . وفي الزام مدعى الملكية بأقامة الدليل على عكس ما يدعيه واضع اليد ، دون أن يحمل هذا الاخير بأثبات ما يدعيه ، مصلحة ظاهرة للحائز للمنقول لما فيه تأكيد يده على المنقول ، وهذه المصلحة ضرورية كما قلنا حتى لا تضطرب المعاملات بين الناس ، اذ لاحظنا أن المعاداة في المعاملات جرت على أن لا يتعاملوا بالكتابة في المنقولات . فاذا أُلزم واضع اليد بأثبات السبب الصحيح ليد به لكان في ذلك تعجيزاً له ، مع العلم بحكم المعاداة والعرف ، وهذا ما جعل الشارع الفرنسي والشارع المصري من بعده أن يترك ما قرره الرومان في هذا الشأن ^(٣)

(١) Titre putatif — (٢) د ٨٢ ، ١ ، ١١١ — س ٨٢ ، ٢ ، ٤٤٧ —

د ٩٠٨ ، ١ ، ٤٤٠ — س ٩٠٨ ، ١ ، ٤٤٤ — دى هلس ج ٣ ص ٢٠٦ ٥٢

— راجع أيضاً ص ٢٠٦ ن ٥١ (٣) كابتان ص ٩٢١

ط — في أثر القاعدة «الحيازة سند الملكية في المنقول»

بين واضع اليد والمملك له

٤١٤ — يحصل أن يصطدم المملك مع من ملكه المنقول ويختلفان بعد حصول التسليم ووضع اليد . وللاختلاف هذا صور مختلفة ترجع لظروف شتى اذ يحصل أن بائناً أو واهباً لمنقول يدعى بعد حصول البيع والهبة أن هذا البيع أو هذه الهبة أو بعبارة أخرى ان عقد تملك المنقول عقد مشوب بالبطلان^(١) أو الفسخ^(٢) أو الابطال^(٣) وأنه بناء على ذلك يطلب رد المنقول اليه اذ يحصل أن مؤجراً أو مودعاً أو رهنائاً رهننا حيازياً جاء يطلب رد المنقول الذي سلمه لمن ادعى التأجير اليه أو الابداع عنده أو الرهن لديه

فاذا ثبت في الحالتين المتقدمتين صحة ما يدعيه المدعى أصبح المدعى عليه وليس له الحق مطلقاً في الاستماعة بقاعدة «الحيازة سند الملكية في المنقول» وفي طلب رفض الرد الموجه اليه^(٤). وذلك يرجع الى ان الحائز ملزم بالتزام شخصي بالرد ولا يمكن أن القاعدة المعروفة تخليه من هذا الالتزام، لأنها لم تنقرر لهذا الغرض

اذا علم ذلك فهل يجوز للمدعى بدلاً من أن يطلب إتمام المدعى عليه بالوفاء بالالتزام الشخصي أن يطلب تثبيت ملكيته للمنقول؟ أو بعبارة أخرى هل تجوز هنا دعوى الملكية في المنقول كما جازت دعوى الوفاء بالالتزام الشخصي؟

فاذا تمخّر على المدعى اثبات الوقائع التي يدعيها من بطلان العقد والفسخ، وحصول التأجير، والرهن والوديعة وغير ذلك، فهل له حق ألا كفتاء بطلب تثبيت ملكيته للمنقول بأن يقول بأن المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدني ٢٢٧٩ فرنسي إنما هي خاصة

Révocation (٣)

Résolution (٢)

Nullité (١)

(٤) ويجوز الانبئات بشهادة الشهود والقرائن في حالة النش والتدليس (د، ٩٠، ١،

٤١٣ — بودري مع تيسيه ن ٨٠٣) كما اذا كان عقد البيع يستر وراءه عقد قرض أو إيجار:

دى هلس ج ٣ ص ٢٠٥ ن ٥١

بالمالك في علاقاته مع جماعة الغير وهم الحائزون للمنقول ولم تكن خاصة بالمالك في علاقاته مع من يأخذ المنقول منه مباشرة، وانه بناء على ذلك لا يجوز أن يحتج ضده بوضع اليد؟

يجيب القضاء الفرنسى على ذلك بالسلب . اذ يقرر بأنه يجوز لكل من كان حائزاً للمنقول حق الاستعانة بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقولات » والدفع بها في وجه من سلمه المنقول وفي وجه أى شخص كائن من كان . ذلك لانه اذا رجعنا الى الاسباب التى دعت الى تقرير هذه القاعدة المعروفة ، وأنها أسباب ترجع للمصلحة العامة وللمدالة أيضاً، نرى أنه لا يمكن مع وجود هذه الاسباب القول بعكس ما قرره القضاء الفرنسى . والا اذا قيل العكس لترتب على ذلك احراج موقف الحائزين للمنقول وارهاقهم فيما اذا لم يأخذوا سنداً كتابياً بالتملك أو فيما اذا فقدوا سند التملك . وفي هذه الحالة يصبحون وقد انتهز المملكون لم ينشئوا النية هذه الفرصة فرصة عجز المشترين عن اثبات مصدر الملكية وسببها اذ يكفهم في هذه الحالة مجرد الادعاء ببطان العقد أو القول بما يشوبه ويعيبه ، أو الادعاء بأن وضع اليد هذا انما هو حيازة عرضية وهم يرمون بذلك الى جعل خصومهم في موقف اثبات العكس . وقالت في ذلك محكمة النقض الفرنسى قولاً مأثوراً عنها ^(١) « ليس من شأن المادة ٢٢٧٩ (وهي المقابلة للمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى مصرى) أن تحول بين واضع اليد على الاشياء المنقولة وبين أن ترفع عليه دعوى رد هذه المنقولات اذا كان قد التزم التزاماً شخصياً بالرد ^(٢) ولكن يجب أن يكون من مفهوم هذه القاعدة أيضاً ، ان من كان له الحق في رفع الدعوى ، عليه أن يقدم الدليل على سبق وجود هذه الرابطة الشخصية ^(٣) »

هذا ويرى « كولين وكاتبان » ان هذا الرأى صحيح لاغبار عليه فيما يتعلق بالرأى ذاته لا فيما يتعلق بجميع الاسباب التى دعت الى تقريره ، ولا فيما يتعلق بكيفية

(١) ٤٨ ، ١ ، ٩٤ ، د — ٧٩ ، ١ ، ٩٦ ، س (٢) Personnelement

(٣) Lien personnel ٤٤٠ ، ١ ، ٩٠٨ ، د — ٤٤٤ ، ١ ، ٩٠٨ ، س obligé

وضع المسئلة على سباط البحث . أما هذه المسئلة فقد وضعها القضاء بالكيفية الآتية :^(١)

« هل يجوز للمالك ، الذى خرج المنقول من يده بغير السرقة والضياح ، أن يدعى قبل من سلمه بإرادته ورغبته المنقول ، طلب إعادة وضع يده على هذا المنقول ويكون الطلب ليس فقط بالدعوى الشخصية الناشئة عن العقد ، بل بدعوى تثبيت الملكية ؟ » وقد أجاب القضاء الفرنسي على هذا السؤال بالسلب . وقال بأنه يجب على المدعى أن يقيم الدليل على وجود الرباط الشخصى الذى يربطه بواضع اليد ويرى كولين أن طريقة بسط المسئلة لم تكن صحيحة وكان يمكن تقرير رأى القضاء هذا بطريقة أخرى لا تحتاج الى ضرورة استبعاد دعوى تثبيت الملكية وعدم الأخذ بها . ذلك لان المسئلة فى الحقيقة تستحيل فى مجموعها الى مسئلة اثبات . اذ تنحصر المسئلة فى هل واصلع اليد على المنقول قد التزم بالرد أم لم يلتزم . فاذا ثبت التزامه بالرد أصبحت يده عرضية ؛ وعلى ذلك لا يعتبر واصلع يد بالمعنى الصحيح للملكية ، أو واصلع يد بصفة مالك كما تقضى بذلك المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى ٢٢٧٩ فرنسى . وحينئذ لا يجوز له أن يتسكك بالقاعدة المعروفة باعتبارها تملكيا بحكم القانون . وفى هذه الحالة يجوز رفع دعوى الملكية عليه ، كما يجوز أيضاً رفع دعوى الالتزام الشخصى بالرد . وكل ما يستفاد من حكم القضاء أنه يجب على المدعى إقامة الدليل على ما يدعيه . وأما حائز المنقول فيلتزم السكوت حتى تثبت الحيازة العرضية قبله . وهذا هو رأى المقول والذى يتفق مع الاصول المقررة فى وضع اليد والاثبات

ولكن قد يقال ما هى الفائدة التى تعود من اثبات الحيازة العرضية ما دام أن للمالك ليس فقط رفع الدعوى الشخصية بالرد ، بل له أيضاً رفع دعوى تثبيت الملكية ؟ تلك الفائدة هى أنه لو تقرر خلاف ذلك ولم يلزم المدعى باثبات الحيازة العرضية فى الحالتين ، فى دعوى الالتزام الشخصى ودعوى تثبيت الملكية ، قلنا

إذا تقرر خلاف ذلك لترتب عليه أنه توجد حالات يستحيل فيها على المالك استرداد منقلبه مع أقامته الدليل على الحيازة العرضية لدى خصمه ، لأنه يجوز أن يكون قد فقد الدعوى الشخصية الخاصة بالالتزام الشخصي وزالت عنه ، وأنه لم يستطع الحصول عليها بالمرّة . وهذه الحالات ثلاثة وهى :

أولاً — يحصل أن الدعوى الشخصية بطلب الرد تكون قد انقضت بالتقادم المسقط . فإذا وجدت دعوى الملكية استطاع معها المالك استرداد منقلبه إذا صح ما يقال بحق بأن دعوى الملكية لا تسقط مع مضي الزمن طال ما طال

ثانياً — يحصل أن المنقول قد سلم بطريق الحيازة العرضية الى شخص مفقود الاهلية كالتقاصر مثلاً . وفى هذه الحالة كيف يمكن للمالك استعادة المنقول اليه إذا لم تقرر له من قبل دعوى تثبيت الملكية بجانب دعوى الالتزام الشخصي بالرد وهى الدعوى (أى دعوى طلب الرد) التى لم تظهر له بعد فى عالم الوجود ما دام أن الحائز العرضى مفقود الاهلية ؟ وهذا الرأى مؤيد بالقانون إذ قررت المادة ١٩٢٦ مدنى فرنسى وحكمها عام بأنه « إذا حصلت الوديعة بمعرفة شخص أهل للتعاقد مع أمين مفقود الاهلية فليس للمودع سوى دعوى تثبيت الملكية ^(١) للشيء المودع طالما أنه موجود تحت يد المودع اليه »

٣ — وهناك حالة خاصة لا يمكن فيها للمالك الاصلى للمنقول استرداده له من يد الحائز العارض لهذا المنقول إذا حرم من دعوى تثبيت الملكية وتقررت له فقط دعوى الالتزام الشخصي دون دعوى الملكية . هذه الحالة هى ما إذا كان الحائز صاحب حق انتفاع وكان كل من المنتفع ومالك العين قد تملك حقه من شخص آخر من طريق الايلاء أى الوصية ، فإن هو اذن أثر دعوى الالتزام الشخصي حتى يمكن للمالك العين حق رفع الدعوى الخاصة بهذا الالتزام الشخصي قبل المنتفع لاجل استرداد المنقول ، مادام أنه لا يوجد عقد لهذا الالتزام بين مالك العين

والمنتفع؟ حينئذ يجب القول هنا بأن دعوى تثبيت الملكية هي الدعوى الوحيدة التي يستعين بها مالك العين لاجل طلب رد المنقول اليه في نهاية الانتفاع . وبهذا قال المشرع أولبيان^(١) الروماني أيضاً^(٢)

ى - في قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »

والضياع والسرقة

٤١٥ - والآن ما هو حكم قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقولات » إذا كان المنقول ضائعاً أو مسروقاً؟ فهل تسرى هذه القاعدة في هذه الاحوال أم هناك أحكام خاصة؟ لا بد من التفرقة بين حالتين
أما أن يكون المنقول موجوداً بيد السارق أو بيد من وجده . وأما أن يكون موجوداً بيد الغير^(٣) وهو غير السارق وغير من وجد الشيء . وأن يكون هذا الغير سيئ النية ، أى يعلم بأن الشيء مسروق أو ضائع : في هذه الاحوال تصبح دعوى تثبيت الملكية ولا تثبت الملكية لو اضع اليد الا بالتقادم الطويل أى مدة ١٥ سنة

وأما على العكس مما تقدم فيما اذا وجد المالك الاصلى للمنقول أمام واضع يد حسن النية . ففي هذه الحالة يجوز أيضاً للمالك استرداد منقوله ، ولكن هذا الاسترداد معقود بشروط خاصة مختلفة وهي :

أولاً - لا تصبح دعوى تثبيت الملكية الا في ظرف ثلاث سنوات . وفي ذلك تقول المادة ٨٦ / ١١٥ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ما يأتى : « يسقط حق الملك^(٤) في الشيء المسروق أو الضائع بمضى ثلاث سنين » وتبتدىء المدة من وقت حصول السرقة والضياع

ثانياً - « كل من اشترى شيئاً مسروقاً في السوق العام^(٥) أو ممن يتجر في

Ulpian (١) (٢) كابلان من ٩٢٤ (٣) Tiers (٤) Prescription
Marché public (٥)

مثل ذلك الشيء^(١) وهو يعتقد ملكيته له ، يكون له الحق في طلب الثمن الذي دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده » (المادة ٨٧ / ١١٦ مدني و ٢٢٨٠ فرنسي) وهذه المادة قالت بجواز الرد على شرط دفع الثمن في حالة ما اذا اشتراه المشتري من سوق عام أو من تاجر . ويجب أن يلاحظ هنا أن الاسترداد غير جائز فيما اذا خرج عن الحالتين المعينتين هنا . فاذا كانت هناك حالة أخرى غير السرقة والضياع وتشابهت مع السرقة فلا تأخذ حكم المادة السابقة ، كحالة خيانة الامانة والنصب . اذ يعتبر مالك المنقول قد تخلى في هذه الاحوال الاخرى عن المنقول بمحض ارادته . وعلى ذلك لا يجوز له رفع دعوى تثبيت الملكية واسترداد المنقول من يد الحائز له بحسن نية . وهذا أمر ذو بال^(٢)

والآن نعود الى تحليل المادة المتقدمة وبيان أحوالها :

١) تسري مدة الثلاث السنوات الخاصة بالتقادم في حالي السرقة والضياع من وقت حصول السرقة والضياع كما ذكرنا (يلاحظ أن المادة الفرنسية ٢٢٧٩ فقرة ٢ هي التي قالت بذلك ولم تقله المادة ٨٧ / ١١٥ مدني المصرية . ولكن حكم المادة الفرنسية حكم عام) وعلى ذلك فلا تعتبر مدة التقادم خاصة بتقادم مكسب . فاذا اشترى المشتري هذا المنقول في أواخر أيام الثلاث السنوات ثم تمت المدة والمنقول تحت يده ، جاز له أن يدفع دعوى المالك الاصل قبل بدفع قاعدة «الحيازة سند الملكية في المنقولات » ومعنى ذلك ان الدفع بالقاعدة المعروفة يصبح معطلا وموقوفا في مصلحة المالك الاصل للمنقول مدة ثلاث سنوات ، فاذا ما مضت المدة زال التعطيل أو الايقاف وحاد ظهور الدفع بها^(٣)

واذا كانت مدة الثلاث السنوات ليست خاصة بالتقادم المكسب فهي كذلك ليست خاصة بالتقادم المسقط . بل المدة المذكورة هي مجرد مدة مضرورية ومعينة لا تسري عليها أحكام الايقاف والقطع في التقادم^(٤) وتسمى أيضا هذه المدة بمدة

(١) Un marchand qui en faisait commerce (٢) د ، ٨٥ ، ١

٢٢٣ — س ، ٨٦ ، ١ ، ٤٠٧ (٣) كابتان من ٩٢٤ — ٩٢٥

(٤) كابتان من ٩٢٥

السقوط^(١) والفرق بين مدة التقادم ومدة السقوط ان الحق الاصلى فى الاولى مقرر من قبل وقام الوجود لا ينقصه شئ . وأما الحق فى الثانية فهو لم يكن تام الوجود والتكوين ، بل لا بد فيه حتى يكون تاماً من رفع الدعوى فى المدة المضروبة . ولذا نرى أن المدة فى الحالة الثانية لازمة لتكوين الحق ، بخلاف مدة التقادم فهى ليست لازمة لتكوينه ، لانه سبق أن تكون من قبل . فاذا طالب المالك فى حالة مدة التقادم بحقه فأنما يطلب حقاً مقرباً كاملاً . وأما المدعى فى حالة مدة السقوط فانه ملزم برفع الدعوى حتى يظهر حقه كاملاً ، وبدون رفع الدعوى لا يعتبر الحق موجوداً بتمامه . لذا كان الحق الكامل الموجود بتمامه فى مدة التقادم حقاً يعنى القانون بحمايته من حيث القطع والايقاف فى المدة . وأما شبه الحق فى مدة السقوط فهو ليس جديراً بحماية الشارع له فى القطع والايقاف . بمعنى أن مدة السقوط لا تقبل تطويلاً بإيقاف سرياتها أو قطعها فى مصلحة المدعى لان الحق لم يولد كاملاً بعد حتى تتقرر له هذه الحماية . ومن امثال مدة السقوط المدة الخاصة بدعوى الشفعة وضرورة رفعها فى ظرف ثلاثين يوماً من وقت الانذار فى اظهار الرغبة بالاخذ بالشفعة (المادة ١٥ من قانون الشفعة الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ وسنبوضح ذلك فى مكانه)

(٢) واذا كان واضع اليد حسن النية واشترى الشئ المسروق أو الضائع من سوق^(٢) أو مولد^(٣) أو فى بيع عام^(٤) أو من تاجر يتاجر فى هذا النوع ، فلا يجوز للمالك الاصلى رد المنقول اليه الا اذا دفع لواضع اليد ما دفع هذا الاخير من الثمن . وهذا هو ما قال به القانون الفرنسى القديم . وشرعية هذه القاعدة أن لا سبيل على مؤاخذه المشتري ولا يجوز اتهمه باهمال أو عدم احتياط . لانه لم يوجد من الامارات وقت شرائه ما يدل على أن الشئ ضائع أو مسروق . وليس من العدل حينئذ حرمانه من الثمن الذى دفعه . وأما المالك الاصلى فانه اذا ضاعف

من العناية في المحافظة على شيء فن المحتمل ان ذلك ربما كان حائلا دون وقوع السرقة والضياع . واذا تعارضت هاتان المصلحتان ، مصلحة المشتري ومصلحة المالك ، وجب ترجيح الاول على الثانى ^(١)

٤١٦ — وهناك صعوبات عملية ترجع الى تطبيق القاعدة المتقدمة في مجال العمل مثال ذلك

١ . — اذا اشترى صيرفي ^(٢) بحسن نية سندات مالية لحاملها وكانت السندات مسروقة أو ضائعة ، وقدمت اليه هذه السندات وهو يحمله ، باعتبار المحل بمثابة سوق دائم ، فهل يجوز لصاحب هذا المحل فيما اذا رفعت عليه دعوى تثبيت الملكية من المالك الاصلى للسندات المالية ، أن يطلب الى المدعى دفع الثمن اليه أى الثمن الذى اشترى به هذه الاوراق ؟ لا يجوز ذلك طبعا . لانه لم تتوافر في هذا الصيرفي الشروط المقررة بالمادة ١١٦/٨٧ مدنى و ٢٢٨٠ فرنسى . وكان من اللازم عليه أن يتأكد من حسن سيرة الشخص الذى باع له والذى لا يعرفه التاجر من قبل . لذا يعتبر الصيرفي مخطئا فيما اذا لم يقم بهذا البحث

٢ . — واذا كان الدائن للدين محلا ماليا يأخذ رهنا ^(٣) من مدينه سندات مالية لحاملها مسروقة أو ضائعة ، فهل يجوز لهذا الدائن أن يطلب الى المالك الاصلى رافع دعوى تثبيت الملكية أن يدفع له الثمن أى يدفع له في هذه الحالة قيمة الدين الذى تضمنه هذه الاوراق ؟ ان هذه الحالة تشبه الحالة المتقدمة . لان محل التسليف ^(٤) لا يمكن تشبيهه بالسوق العام . ويعتبر الدائن حينئذ مخطئا في أنه لم يتحقق من الاوراق المسلمة له ولم يعمل على جمع استعلامات بشأنها . وعلى ذلك

(١) ونرى أنه يجوز لشترى في هذه الحالة حق حبس المنقول تحت يده حتى يتقاضى ثمنه من المالك المسترد : بنى مزار ٢٢ فبراير سنة ٩١٥ م ١٦ ، ١٦١ من ١٢١ عدد ٧١ ، ح ٣١ من ٢٣٣ . مرجع من ٤١٠ ن ١٤٢٥ — انظر عكس ذلك قنا ٢٠ فبراير سنة ٩٠١ المحاكم ١٢ من ٢٦٢٤ ، مرجع من ٤١٠ ن ١٥٢٤ .

يجب عليه رد هذه الاوراق الى صاحبها بحيث لا يتوقف ردها على المطالبة بقيمة الدين^(١)

ولكن الحكم يختلف فيما اذا كان المصرف المالى المقرض قد استلم الاوراق المالية بصفة رهن من يد أمين مبدد أو وكيل مبدد أيضاً لهذه الاوراق : اذ فى هذه الحالة يجوز للدائن عدم تسليم الاوراق حتى يأخذ مبلغه . أى يستعين هنا بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقولات » أى بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ، لا بالمادة ١١٦/٨٧ مدنى و ٢٨٠ فرنسى^(٢)

١٧٤ — هذا ولا يفوتنا الاشارة الى القانون الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ٩٠٢ والخاص بالبيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات^(٣) وما قررته المادة ١٢ منه حيث قالت ما يأتى : « اذا حصلت المطالبة برد الشيء المرهون بسبب السرقة أو بأى سبب آخر وجب على المالك اجراء ما يأتى : — أولاً . أن يثبت بالطرق القانونية حقه فى الملكية . — ثانياً . أن يدفع المبلغ المطلوب على الرهن من رأس مال وفوائد الا اذا كان الدائن قد أمكنه العلم فى وقت التسليف بأن الشيء المرهون لم يكن ملكا للمقرض أو أن المقرض لم يكن يجوز له رهنه »

ويتلاحظ ان محلات التسليف على رهن هى غير المصارف المالية المعروفة لانها لا تنشأ الا بمقتضى تصريح من الحكومة (المادة الاولى من القانون المذكور) بخلاف المصارف المالية أو البنوك فاتها شركات خاضعة لاحكام القانون التجارى ولقرارات مجلس الوزراء الصادرة سنة ١٨٩٩ وسنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٢٣

ومما تجب ملاحظته هنا ان المادة ١٢ المذكورة تقول بجواز استرداد المنقول بسبب السرقة أو بأى سبب آخر . فاطلقت فى التعميم ولم تخصص جواز الاسترداد بالسرقة والضياع . وعلى ذلك نرى أن الاسترداد جائز فيما اذا خرج المنقول من يد صاحبه بحض ارادته كما يحصل ذلك فى حالة خيانة الامانة أو النصب ، وهذا على

(٢) كابتان س ٢٢٠

(١) س ٩٨٠ ، ١٤ ، ٤٨١ ومقال Fissier

(٣) Maisons de prêts sur gage

خلاف ما قرره المادة ١١٦/٨٧ مدني و٢٢٨٠ فرنسي وما قرره القضاء الفرنسي كما سبق بيانه في محله

٣. — وإذا كانت المنقولات من الاملاك العامة طبقاً للمادة ٩ فقرة ١٠/١٦ مدني ثم سرقت أو ضاعت فهل تخضع هي الاخرى لحكم المادة ١١٦/٨٧ مدني و٢٢٨٠ فرنسي، أي أنه لا ترد الى الحكومة الا اذا دفعت ثمنها الى الخاثر لها؟ يقول الفقه الفرنسي بالسلب وكذلك الفقه المصري^(١). والسبب ظاهر لان المواد الخاصة بجواز الاستراد في طرف ثلاث سنين لا تتعلق الا بالمنقولات التي يجوز التصرف فيها. وأما المنقولات المعدودة ضمن الاملاك العامة فلا تقبل تصرفاً ولا تقادماً^(٢)، وعل ذلك يجوز للحكومة أن تسترد هذه المنقولات في أي وقت تشاء دون أن تكون مقيدة بمدة ثلاث سنوات. ولكن اذا جاز الاسترداد لمنقول من الاملاك العامة في أي وقت مهما طال الاجل، فهل مع ذلك تلزم الحكومة بدفع الثمن الى الخاثر للمنقول بحسن نية أخذاً بالمادة ١١٦/٨٧ مدني و٢٢٨٠ فرنسي؟ نقول لا يجوز ذلك لان دفع الثمن متصل تمام الاتصال بدعوى الاسترداد. ولان المادة ٨٧ نتيجة حتمية للمادة ٨٦. فاذا انتفى الاخذ بمدة ثلاث سنوات فكذلك ينتفى الاخذ بدفع الثمن^(٣)

وهناك قواعد خاصة بشأن ضياع سندات ديون الحكومة المصرية

في تملك واضع اليد

حسن النية للثمار

(١) في مصدر هذه القاعدة وفي اسبابها

٤١٨ — تقول المادة ٥٤٩ مدني فرنسي بأن واضع اليد يملك الثمار

(١) دي هلس ج ٣ ص ٢٠٩ ن ٦٤

Inaliénables (٢)

(٤) كابلان ص ٩٢٦ — وانظر عكس ذلك د،

Imprescriptibles (٣)

له خاصة^(١) اذا وضع يده بحسن نية «وأما في حالة العكس فإنه يلزم برد المحصولات^(٢) مع الشيء الى المالك المسترد» وأضافت على ذلك المادة ٥٥٠ فرنسي أنه يعتبر واضع اليد حسن النية اذا وضع يده على اعتبار انه هو المالك وبناء على عقد ناقل للملكية صادر من مالك، وهو يجهل العيوب التي تشوب عقده «وليس لهاتين المادتين شبيه بالقانون المصري. ولكن من المتفق عليه الاخذ بهما بالقانون المصري. لان المادة ٢٠٦/١٤٥ مدني و٢٠٨/١٤٧ مدني تؤيد الاخذ بهما حيث تقولان أولاها «من أخذ شيئاً بغير استحقاق^(٣) وجب عليه رده»^(٤) وتقول ثانيتهما «فاذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له^(٥) كان مسؤولاً عن فقده^(٦) وملزماً بغوائده^(٧) وربيته^(٨)»

ووجب على واضع اليد أن يرد الشيء عقاراً كان أو منقولاً، أو قيمته اذا زال أثره. وعليه أن يرد ما جناه منه من الثمرة على اختلاف أنواعها ان وجدت، وقيمتها ان استهلك، لان الثمرة تابعة للشيء (المادة ٥٤٧ فرنسي وحكمها عام) ولكن يحصل ان يترتب على رد الثمرة نتائج سيئة لو اضع اليد. لانه من المحتمل أن يكون قد استهلك الثمرة للتعيش منها كلها جناهاً أولاً فأولاً. واذا التزم برد الثمرة لترتب على ذلك الزامه بأن يردها من ماله الخاص ما دام أنه قد صرفها في شؤونه المعاشية. ولكن ازاء ذلك يجب ملاحظة أن المالك الاصلى كان مهملًا. ويخطأ هذا يصبح واضع اليد فيما اذا كان حسن النية معرضاً لهذه الخسارة الكبرى. ألا يكون من العدل في هذه الحالة وعند تعارض مصلحة المالك الاصلى المهمل، وواضع اليد حسن النية، أن يفضل هذا الاخير على الاول، مادام أنه لا يوجد محل لمؤاخذته على خطأ وقع منه؟ قال الرومان بذلك. اذ بينما قرروا ضرورة رد العقار وما يتبعه^(٩) الى المالك الشرعي الذي يطلب الرد، الا أنهم

(١) Fait les fruits siens (٢) Produits (٣) Pas dû (٤) Restituer (٥) De mauvaise foi (٦) Perte (٧) Intérêts (٨) Fruits (٩) Cum sua causa

استثنوا من هذه القاعدة حالة ما اذا كان المدعى عليه في دعوى تثبيت الملكية حسن النية واستهلك الثمار . أما الثمار التي لم تستهلك بعد ^(١) فترد للمالك مع العقار . وأخذ القانون الفرنسي القديم بهذه القاعدة كما أخذ بها القانون الحاضر . إلا أن القانون الحاضر لم يفرق كما فعل الرومان بين الثمار المستهلكة والثمار غير المستهلكة . إذ تعتبر الثمار جميعها وهي ما جناها واضع اليد حسن النية ملكا له ، سواء كاذ قد استهلكها فعلا أو احتفظ ببعضها . والحكمة في عدم القول بالتفرقة صعبا بالاثبات صليا بين الثمار المستهلكة والثمار غير المستهلكة . على أن الفرق بين القاعدة الحاضرة والقاعدة الرومانية فرق ليس كبير الأهمية . إذ يمكن القول مع ذلك بأن القاعدة الرومانية لازالت صحيحة وأنه يجوز الاخذ بها في الوقت الحاضر ، إلا أن مع صحة الاخذ بها فإنه قد تقررت بجانبها قرينة الاستهلاك بالنسبة لجميع الثمار ولقاعدة عدم رد الثمار شرطان . جنى الثمار وحسن نية واضع اليد :

٤١٩ - السُّرْط الاول . معنى الثمار : ^(٢) اذا لم تجن الثمار بعد وجب على واضع اليد ردها حتما لصاحب العقار لانه لم يتمكن من استهلاكها بعد ، وليس في ردها ارحاق له وتقص لماله

ويرتب على ذلك ، على عكس ما قرره البعض ، انه لا يجوز الاخذ في هذه الحالة بالمادة ٥٨٦ مدنى فرنسى وحكمها عام وهي التى تقول بتملك المنتفع للثمار المدنية ^(٣) يوما بيوم . فاذا وضع شخص يده على عقار بحسن نية وكان العقار مؤجرا للغير بمعرفته ، ثم جاء المالك الاصلى وطلب تثبيت ملكيته لهذا العقار قبل حلول قسط الايجار بيوم واحد مثلاً ، فلا يجوز لواضع اليد مطالبة المالك الاصلى بنسبة مدة استغلاله ، للعقار وهي المدة التى لم يتقاض فيها قسط الايجار المذكور . والسبب في عدم الاخذ بالمادة ٥٨٦ مدنى فرنسى هنا أن هذه المادة لا تتعلق الا بالمنتفع ومالك العين فقط . وحق الانتفاع يرمى في الغالب الى تقرير

تدفع للمنتفع . وهذه الحالة تخالف حالة المستغل لعقار ازاء المالك الاصلى لهذا العقار . لان واضع اليد ليس له في الاصل حق على الثمار ، الامن وقت الجنى فقط . على أن المادة ٥٤٩ فرنسية المتقدمة ، في قولها بأنه يجب على واضع اليد سبيء النية رد الثمار ، انما تقييد أيضاً أن واضع اليد بحسن نية لا يحتفظ من الثمار الا بالقدر الذى جناه . ولم تبج له المادة حق المطالبة بثمار أخرى

فهل يجوز الاخذ بهذا الرأى فيما اذا كان واضع اليد حزن النية قد جنى الثمار المدنية مقدما ^(١) ، بأن استلم قيمة الايجار من المستأجر مقدما ^(٢) ؟ انه مما لا شك فيه في هذه الحالة أن فى الزامه بالرد خسارة كبرى عليه وتقصاً فى ماله الاصلى بقدر ما يرد من المال . على أن كابتان وكولين ^(٣) يقولان مع ذلك بجواز الرد وصحته . وحجتهم أن واضع اليد مخطئ هذه المرة فى قبضه للثمار قبل حلول أجلها . وأنه لا محل لمعاملته بطريقة تخالف ما تقرر بالنسبة للمنتفع فى أنه ملزم برد الثمرة التى قبضها مقدما . وانا لا اقر رأى كولين وكابتان ونرى عدم صحة مطالبة واضع اليد بحسن نية برد ما قبضه مقدما من الايجار . لان فى الاخذ هنا بالمقارنة مع المنتفع قياساً مع الفارق . ذلك لان المنتفع اذا أئرم برد ما قبضه مقدماً فانما هو يعلم بأن حقه فى الانتفاع معقود بأجل . وأن ليس له من الثمة الا بالقدر المناسب لدمته . فاذا أخذ أكثر مما يقتضيه زمن الانتفاع وجب رد ما أخذه . وهو يعلم بذلك من قبل . وأما واضع اليد بحسن نية فهو لا يعلم بأن يده مهددة بخاطر دعوى توجه اليه مما يسبى بالمالك الاصلى . لانه لو كان يعلم ذلك وقت وضع اليد لا تقلب فى الحال الى سبيء النية . ولذا يستغل العقار كما يستغله كل مالك لعقاره لا يحوم حوله شك ما . فاذا قبض الثمة مقدما انما يقبضها باعتبارها حقه المقرر له بلا منازع وبلا تحديد أجل

٤٢٠ - الشرط الثانى . مهم النية . فى مقارنة حسن النية فى حالة

تملك الثمار مع حسن النية في حالة التقادم الخمسى العقارى : حسن النية هذا كما في كل حالة هو غلط ^(١) واضع اليد وخطأه في أنه قد جهل العيب الذى يشوب يده . ولقد لاحظنا أن المادة ٥٥٠ فرنسى لم تفرق بين الغلط الحاصل فى الوقائع ^(٢) وبين الغلط الحاصل بشأن فهم واضع اليد للقانون ^(٣) بل اكتفت بالقول بأن حسن النية يفيد ضرورة وجود سند للتملك اعتقد واضع اليد صحته . ومن نص المادة ٥٥٠ هذه يظهر أن هناك خلافاً كبيراً بين حسن النية هنا وحسن النية المقررى فى التقادم الخمسى العقارى المقول به بالمادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى . ويظهر هذا الخلاف فى موضعين

٤٢١ - الموضوع الاول . المعنى المقصود من السبب الصحيح : لا يعتبر أن هناك حسن نية بالمعنى المقصود من المادة ٥٥٠ فرنسى الا اذا كان هناك اعتقاد بوجود سبب صحيح . واشترط السبب الصحيح هو هنا شرط لازم لحسن النية ، أى ركن من الاركان اللازمة لتكوين حسن النية . وأما فى حالة التقادم الخمسى العقارى المنصوص عنه بالمادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى فعلى العكس من ذلك فان وجود السبب الصحيح هو شرط خاص ومتميز عن شرط حسن النية . وعلى ذلك ترتب النتائج النية

١ . - ان السند الباطل يشفع مع ذلك لواقع اليد بحسن نية فى تملك الثمار دون أن تكون هناك حاجة الى تمييز العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد الباطل بطلاناً نسبياً ، وهو ذلك التمييز الذى قلنا به فى حالة التقادم الخمسى العقارى . وعلى ذلك اذا كان سند التملك الموجود تحت يد واضع اليد باطلاً بطلاناً جوهرياً فان واضع اليد يعتبر برغم ذلك أيضاً حسن النية ، ويجوز له تملك الثمرة ، كما اذا جهل الموهوب اليه مثلاً أن عقد الهبة غير رسمى ^(٤)

على أن القضاء الفرنسى يرى ضرورة التفرقة فى حالة البطلان المطلق بين

البطلان المتعلق بالنظام العام وغيره . فإذا كان متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز لواضع اليد تملك الثمرة ، أى لا يجوز الاقرار بأى أثر ما لهذا العقد الباطل لمخالفة ذلك للقانون ^(١)

٢ . — ان العقد التخميني أو الظني ^(٢) ، وهو ذلك العقد الذى لا وجود له الا بمخيلة واضع اليد ، يبيع تملك الثمرة عند واضع اليد حسن النية ، مع أنه لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً لامتلاك بالتقام التخمى المقارى

هذا ولا بد هنا من الاشارة الى الاختلاف بين فيما يتعلق بالاثبات بين الحالة التى يوجد فيها حقيقة عقد التملك المكون لحسن النية ، وبين الحالة التى لا يكون فيها لعقد التملك سوى مجرد الظن والتخمين به . ذلك ان الشارحين قد اعتادوا على القول بأنه لاجل الاخذ بالمادتين ٥٤٩ و ٥٥٠ فرنسى يجب الرجوع الى المادة ٢٢٦٨ فرنسى فيما قررته هذه الاخيرة بشأن افتراض وجود حسن النية لدى واضع اليد ^(٣) أى فى مسألة تملك واضع اليد للثمار يجب اعتبار واضع اليد حسن النية حتى يقوم الدليل العكسى . ولكن يلاحظ على هذه القاعدة انها ليست صحيحة دائماً ، ويظهر عدم صحتها على الاكثر فى حالة ما اذا كانت اشارة حسن النية محصورة فى شرط وجود سند التملك . وعلى ذلك يجب حمل التفرقة الآتية :

١ . — اذا قال واضع اليد بوجود السند التخميني وكان من نتائج ذلك عدم توافر الشروط المطلوبة للاخذ بالمادة ٥٥٠ فرنسى ، وجب حينئذ على واضع اليد اثبات حسن نيته ، بمعنى أنه يلزم هو وحده باقامة الدليل على أن لديه أسباباً تدعو الى الاعتقاد بوجود سند صحيح

ب . — وأما على عكس ما تقدم اذا وجد سند حقيقى ، وليس سنداً تخمينياً فانه يجب الأخذ فى هذه الحالة بالقاعدة المقررة بالمادة ٢٢٦٨ فرنسى : أى يجب

(١) د ، ٢ ، ٦٥ ، ١٤٦ — س ، ٢٠ ، ٦٥ ، ٢٦٨ Titre putatif (٢)

(٣) د ، ١٠ ، ٨٨ ، ٢٦٩ — س ، ٧٨ ، ١٠ ، ٢٢٥ — كابتان ٩٣١

افتراض حسن النية ، حتى ولو فرض بأن السند باطل فإنه لا يلزم واضع اليد مع ذلك باثبات غلظه . بل يجب على المدعى ، اذا شاء ، أن يقيم الدليل على أن واضع اليد انما قبض الثمرة وهو يعلم بحقيقة أمره ، أى يعلم بالعيوب المفسدة لعقده ^(١) ولكن يلاحظ أن لا يؤخذ بذلك الا اذا كان الغلط خاصاً بالوقائع . وأما اذا ادعى واضع اليد بغلط يتعلق بالقانون فإنه يلزم هو في هذه الحالة باقامة الدليل على هذا الغلط في القانون : اذ يجب على كل فرد الالمام بالقانون (المادة ٢٩ من لأئحة انشاء المحاكم الاهلية)

٤٢٢ — الموضع الثانى . وقت وجود حسن النية : رأينا أنه في حالة التقادم الخمسى العقارى يجب أن يكون حسن النية موجوداً وقت البدء في وضع اليد . أما في حالة تملك الثمار فإنه يجب أن يظل حسن النية موجوداً في كل وقت يحصل فيه قبض الثمار أى جنيها . ومن ذلك ترتب النتائج الآتية :

١ . — اذا اصبح واضع اليد غير حسن النية فإنه مع ذلك يستمر في طريق التملك بالتقادم الخمسى العقارى . ولكنه يمنع من تملك الثمار (المادة ٥٥٠ فرنسى فقرة ٢ وحكمها عام) وهذا مطابق تمام المطابقة للاسباب التى دعت الى تقرير القاعدة المقررة بهذه المادة ٥٥٠ فرنسى . لأن واضع اليد اذا علم اثناء وضع يده بأن الشيء ليس مملوكاً لمن ملكه له فإنه يصبح هذه المرة مخطئاً فيما اذا استهلك الثمار وصرف ريع الشيء المملوك للغير ^(٢)

أما معرفة الوقت الذى يصبح فيه واضع اليد سبىء النية فيرجع الى وقائع الدعوى ، وهى مسألة موضوعية لا قانونية . على أن هناك حالة يصح فيها القول بسوء نية واضع اليد من وقت رفع الدعوى عليه من المالك ^(٣) وأنا نرى مع كاتبان وكولين أن هناك غلواً أو اغترافاً في تقرير هذه القاعدة الاخيرة . نعم انه في الغالب اذا رفعت الدعوى من المالك الاصلى على واضع اليد وأصبح هذا الاخير مالماً

(١) د ٧٣ ، ١ ، ٥٧ (٢) كاتبان ٩٣٢ (٣) د ١٠٨ ، ١٠٩ ، ٣٧٧ —

س ، ٩٠٩ ، ١ ، ٣٢٤٠ ، مرجع من ٤٩٨ ن ١٩٣٣ ومن ٤٩٩ ن ١٩٣٥ ن ١٩٣٩ و ١٩٤١

بمحيقة يده ، وجب اعتباره وقتئذ من وقت علمه بالدعوى سيء النية . ولكن يحصل أن الامر لا يقع بمثل هذه الحالة الغالبة . لانه يجوز أن يعتبر واضح اليد ان رفع الدعوى عليه انما هو من قبيل التعرض له في وضع يده ، وأنه يظل في عقيدته الاولى بأن يده يد صحيحة لا تشوبها شائبة ، وأنه بناء على ذلك يتوافر فيه شرط حسن النية المقصود بالمادة ٥٤٩ مدني^(١)

ويرى كاتبان أنه إذا صح القول بالزام واضع اليد برد الثمار من وقت رفع الدعوى عليه، فإن هذا الالتزام لا يرجع إلى سوء النية ولا يفسر به. إنما يرجع ويفسر بالآثر الرجعي المقرر للأحكام، باعتبار أن الأحكام مظهرة للحق لاثبتة له.

٢. - في حالة تملك الثمار يجب خصر تقدير حسن النية في شخص واضع اليد الحاضر. ولا محل للاخذ بنظرية الضم في وضع اليد المعروفة في حالة التقادم. فإذا مات واضع يد سيء النية ثم جاء وارثه من بعده وهو حسن النية تملك هذا الوارث الثمار. وعلى العكس من ذلك إذا كان الوارث سيء النية فإنه لا يملك الثمار سواء كان مورثه حسن النية أو سيئها. إنما له فقط أن يحتفظ بالثمار التي قبضها مورثه وجناتها في حياته^(٣)

في المسوغ القانوني

لقاعدة تملك الثمار بمعرفة واضع اليد حسن النية

٤٢٣ - قام مذهب في عهد ظهور قانون نابليون يقول بأن الموضع القانوني لتسلك الثمار بمعرفة واضع اليد حسن النية انما يرجع للقاعدة الشهيرة في «أن الحمازة سند الملكية في المنقولات» ، وهي القاعدة المقررة بالماد ٦٠٧ و٦٠٨

(١) والقضاء المصري يقول بالزام واضع اليد برد الثمرة من تاريخ دفع الدعوى بدون بحث فيها إذا كان واضع اليد حسن النية أثناء الخصومة لم لم يكن كذلك : استئناف ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ ش ٢ ص ٨٣ عدد ٧٩ ، مرجع ص ٤٩٩ ن ١٩٣٧ . ولا قر هذا القضاء

(٢) د ، ٧٦ ، ٢ ، ٩٢ — ص ٧٤ ، ٢ ، ٢٨٩ — كاستان ص ٩٣٢

مدني ٢٢٧٩ فرنسي . وذلك لانه عند فصل الثمرة عن العقار فانها تصبح منقولا
وتصبح في الحال ملكا لجانيها بمجرد وضع يده عليها

٤٢٤ — ولكن هذه النظرية غير صحيحة . لان المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مصري
و ٢٢٧٩ فرنسي انما تتعلق بالمالك في علاقته مع واضع اليد عن منقول مادي
وفي دعوى تثبيت الملكية المرفوعة من المالك الاصلى على واضع اليد بشأن
ذلك المنقول وفي المطالبة به دون غيره . وأما في حالة تملك الثمار فان الدعوى
الاصلية منصبة على العقار ، وتتأثر بها حتما الثمار باعتبارها تبعا لهذا العقار . وعلى
ذلك يعتبر تأثر الثمار بدعوى الملكية الاصلية بشأن العقار خارجا بالمرة عن مجال
الاخذ بالمواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مصري و ٢٢٧٩ فرنسي . والدليل على ذلك أن
القاعدة الرومانية القائلة بتمليك الثمار لو اضع اليد آتية من القانون الروماني .
ولذا لا يجوز ربط هذه القاعدة الرومانية بالقاعدة المعروفة في أن « الحيازة سند
الملكية في المنقول » وعلى الاخص اذا لاحظنا أن هذه القاعدة الاخيرة انما ظال
بها القضاء الفرنسي فقط بين القرن السابع عشر والثامن عشر . أما الحقيقة فهي
ما سبق أن قررناها من قبل وهي أن القاعدة المقررة بالمادتين ٥٤٩ و ٥٥٠ فرنسي
انما هي نتيجة قد قررها القانون لوضع اليد المصحوب بحسن نية ورجع في تقريره
الى أسباب تبررها العدالة . ذلك لانه اذا أكره واضع اليد حسن النية على رد الثمار
التي أخذها واستهلكها في شؤونه ، وترتب على ذلك نقص في ماله الخاص لكان
واضع اليد هو الآخر في حل من الرجوع على المالك ومطالبته بتعويض نظير
اهماله وما ترتب عليه من الخسارة التي لحقت به . أي بواضع اليد . لذا وجب منع
المالك من رفع دعوى المطالبة بالثمار المستهلكة أو المفروضة أنها مستهلكة (١)

٤٢٥ — ويرتب على ما تقدم النتائج الآتية :

١ — اذا قيل بالمذهب الاول وقيل بأنه يرجع في تقرير المادتين ٥٤٩ و ٥٥٠
فرنسي الى المادة ٢٢٧٩ فرنسي المقابلة للواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مصري لترتب على

ذلك أن القاعدة المقررة بالمادتين ٥٤٩ و ٥٥٠ تتمشى على جميع المحصولات ^(١) التي تخرج من الشيء ، سواء كانت ثماراً بالمعنى الصحيح أو غير ذلك مادام أنها كلها منقول . أما إذا أخذنا بمذهب كابتن وكولين فإنه لا يقضى لواضع اليد حسن النية إلا بالثمار الحقيقية سواء كانت مدنية أو طبيعية ، وما يلحق بها كمستخرجات المحاجر وغير ذلك . وتعليل ذلك أن هذه الثمار العادية مدنية كانت أو طبيعية إنما هي ثمار تصرف في شؤون واضع اليد كلما قبضها وحصل عليها بالجنى . وعلى العكس من ذلك في شأن الثمار الأخرى فإنها مستخرجات غير حادية كأحجار المحاجر وهي غير المنتظمة ، ولذا يلزم واضع اليد بردها لأنها تعتبر من أصل رأس المال لا من ثمراته فإذا جناها واستهلكها اعتبر مخطئاً . ولا يلوم من إلا نفسه فيما إذا ردها من أصل ماله هو ^(٢)

٢ - إذا قيل بأن القاعدة المقررة بالمادة ٥٤٩ مدني هي نتيجة للمادة ٢٢٧٩ فرنسي المقابلة للمادة ٦٠٧ و ٦٠٨ مصري لترتب على ذلك أن حسن النية المنوه عنه بها (أي بالمادة ٥٤٩) يجب أن يخضع لأحكام حسن النية المنوه عنه بالمادة ٢٢٧٩ أي يكون خاصاً وخاصاً فقط بالغلط الحاصل بشأن وجود حق الملكية لدى المملك لواضع اليد . أما إذا قلنا بأن المادة ٥٤٩ مادة عامة لا تخضع في أحكامها للمادة ٢٢٧٩ لكان تقدير حسن النية المقرر بها أوسع بكثير من هذه الدائرة الضيقة المنوه عنها بالمادة ٢٢٧٩ . فلا يقف التقدير فيه عند العيب الذي شاب عقد التملك فقط بل يذهب التقدير إلى غير ذلك أيضاً . مثلاً إذا اشترى شخص عقاراً من قاصر واعتقد أنه بالغ جاز له الاستعانة بالمادة ٥٤٩ فرنسي لأجل التمسك بتملك الثمار وعدم ردها للقاصر ، يفعل ذلك كما يفعله المشتري لمقار من غير مالك ^(٣) فيما إذا اعتقد بأنه يشتري من مالك . وفي الواقع فإن كلا منهما معذور في استهلاكه لثمار المقار ومن الظلم البين إكراههما على ردها . على أن المادة ٥٤٩ تقول من طريق آخر بأن المشتري يعتبر حسن النية إذا اشترى بعقد

ناقل للملكية « وكان يجهل عيوب العقد » مهما كان نوع هذه العيوب. أى أن المادة لم تميز العيوب من بعضها البعض ^(١)

٣. — اذا كانت المادة ٥٤٩ نتيجة للمادة ٢٢٧٩ لوجب الاخذ بها فقط في المحال الخاص بالمادة ٢٢٧٩ أى في حالة رفع دعوى الملكية الحقيقية من المالك الحقيقي ^(٢) على واضع اليد. ويترتب على ذلك أيضاً أنه لا يؤخذ بالقاعدة المقررة بالمادة ٥٤٩ فيما اذا رفع المالك الاصلى دعوى خلاف دعوى الملكية كأن رفع الدعوى الشخصية مثلاً الخاصة بطلب الحكم ببطالان عقد التملك الموجود تحت يد واضع اليد أو برفع دعوى رد المأخوذ بلا حق ^(٣) أما اذا أخذنا بمذهب كابيتان فإنه لا محل لهذه التفرقة بين دعوى الملكية والدعوى الشخصية. الا اذا وجدت نصوص تقول بها. وعلى ذلك اذا وجدت الدعوى وتعلقت بطلب العقار وثماره ثم راعينا أسباب العدة التي ذكرناها من حيث ما يقع فيه واضع اليد من العوز اذا أكره على رد الثمار المستهلكة، وجب حينئذ ان لا يلزم واضع اليد برد الثمار. سواء كانت الدعوى شخصية أو دعوى الملكية ^(٤) وهذا ويمكن الاستعانة بالمادة ١٤٦/٢٠٧ مدنى و ١٣٤٧ فى تأييد هذا المذهب. اذ تقول هذه المادة بأنه فى حالة طلب رد شئ سبق الوفاء به بغير حق وهى دعوى شخصية حتماً لا يترتب نتيجة شبه عقد ناشئ عن الوفاء بما لا يستحق الوفاء به. فى هذه الحالة لا يلزم المدفوع اليه ^(٥) برد الفوائد والثمار الا من وقت ظهور سوء النية ^(٦)

على أنه توجد فروق مع ذلك بين دعوى الملكية والدعوى الشخصية بالرد من حيث النتائج القانونية المترتبة عليهما. وهى أن وريثة الملتزم باعتباره مدينًا وملتزمًا يرد الشئ ملتزمون ثم الآخرون يرد الثمار اذا كان مورثهم سيئ النية حتى

(١) س، ٤٠، ١، ٦٦٨ — كابيتان س ٩٣٤ Verus dominus (٢)

(٣) Action de la répétition de l'indû (٤) د، ٩٠٨، ١، ٣٧٧ —

س، ٩٠٩، ١، ٣٢٤ — كابيتان ٩٣٤ Accipiens (٥) د، ٩٠٤، (٦)

٢١٥، ١ — س، ٩٠٤، ١، ٢٦٤

ولو كانوا هم شخصياً حسنى النية ^(١). أما تقرير هذا الالتزام بذمة الورثة فهو لا يرجع الى نظرية الضم في وضع اليد، انما يرجع الى أنهم ملزمون بالوفاء من التركة بالديون المطلوبة منها

٤. — تكفى هنا الاشارة الى ما سبق أن قررناه بشأن قبض الثمار مقدماً بمعرفة واضع اليد. اذ قررنا على عكس ماقرره كابتان وكولين بأنه لا يجوز مطالبة واضع اليد برد هذه الثمار المقبوضة، لأنه لا يعتبر بأنه مخطيء على خلاف ماحققه الشارحان المذكوران. ويقرر هذان الاخيران بأنه اذا قيل بأن المادة ٥٤٩ ترجع في أحكامها الى المادة ٢٢٧٩ مدنى لترتب على ذلك عدم الزام واضع اليد برد هذه الثمرة المقبوضة مقدماً. وهما يقولان في ذلك ان الثمار تعتبر منقولا ومتى كانت منقولا فتسرى عليها المادة ٢٢٧٩. ولعلنا لم ننس بعد ما قررناه نحن في هذا الشأن بأننا لم نرجع في تقرير القاعدة التى قلنا بها والتي خالفنا فيها كابتان وكولين الى المادة ٢٢٧٩ لاننا لم نقل بذلك مطلقاً، وانما رجعنا الى نفس التعليل القانونى وأسباب العدالة الصارخة بشأن الزام واضع اليد برد ثمار يعتقد وقت قبضها أنها ثمرة عقاره المملوك له بسند مملك له.

(١) د، ٦٥، ١، ٢٧٣ — س، ٦٥، ١، ٢٥٠ — كابتان ص ٩٣٤

في الهبة

(١) كلمة عامة

٤٢٦ — الهبة^(١) تمليك المال في الحال بلا عوض وهي تشبه طرية الاستعمال من حيث التبرع . والهبة خارجة عن القضاء الاهلي والمختلط وهي تابعة للقضاء الشرعي (المادة ١٦ من لأئحة ترتيب المحاكم الاهلية . — أنظر أيضاً المواد ٤ وه مدني مختلط) باعتبارها عملاً من الاعمال القانونية الخاضعة لاحكام الشريعة الاسلامية . الا انه لما كان لهبة شأن ظاهر في مجال المعاملات بين الافراد رأى الشارع ضرورة تقرير أحكام خاصة بها ترجع لشكلها وكيفية انعقادها وبيان الروابط التي تحميها بحقوق الدائنين . ورجع في ذلك كله الى ما تأثر به الشارع المصري من الاصول المقررة في بعض الشرائع الاخرى من حيث الشكل وغيره

(٢) أركان الهبة

٤٢٧ — يجب ان يكون في الهبة واهب^(٢) وموهوب له^(٣) ومحل للهبة . والهبة عقد لا بد فيه من ايجاب وقبول . ويجب ان يكونا حاصلين بعقد رسمي في الواهب : يجب فيه أن يكون أهلاً للتبرع . وأن يكون مالكا للموهوب . وما القول فيما اذا كان الموهوب غير مملوك الواهب ؟ فهل تبطل الهبة ، كما يبطل بيع ملك الغير بالمادة ٢٦٤/٣٣٣ مدني ؟ ان البطلان في البيع بالمادة ٢٦٤ لم يكن مطلقاً بل هو بطلان نسبي ، اذ أجاز القانون بالفقرة الاخيرة لهذه المادة الحق للدالك الاصل في اجازة البيع (وهذا الرأي هو ثالث الآراء الثلاثة التي فسرت بها المادة ١٥٩٩ مدني فرنسي المتباعدة للمادة ٢٦٤ مصري . اذ قال رأى بأن البطلان المقصود انما هو فسخ للعقد لاستحالة تنفيذه . وقال رأى ثان بأنه بطلان مطلق)

إذا علم ذلك فهل تعتبر الهبة باطلة بطلاناً نسبياً إذا انصبت على شيء غير مملوك للواهب ، أخذاً بالقياس بالمادة ٦٢٤ مدني ؟ يقول دى هلس ويقول بأن البطلان مطلق لتصححه اجازة المالك الحقيقي . فإذا أراد هذا الأخير الهبة فاعليه الا أن يجربها بشكائها القانوني الرسمي أى عمل عقد آخر صادر منه هذه المرة ^(١) . ولكن لماذا لا يقال بأن البطلان نسبي أيضاً تلحقه الاجازة من المالك الحقيقي ، وأنه لا بد في الاجازة أن تكون بمقد رسمي ؟ أليس الأفضل الاخذ بالقياس بالمادة ٢٦٤ ؟

ولا تصح هبة الولي والوصي في مال الصغير . وحكم هبة المريض مرض الموت حكم الوصية

في الموهوب له : يجب فيه أن يكون موجوداً تحقيقاً وقت الهبة . فإذا ولد الموهوب له بعد الهبة فلا هبة . أما إذا حصلت الهبة ومات الموهوب له قبل قبوله للهبة جاز لورثته أو لوصيهم ابداء الرغبة في القبول (المادة ٥١/٧٣ مدني)

في محل الهبة : تجوز الهبة في العقار والمنقول والحقوق ، والأشياء التي يجوز التعامل فيها قانوناً . فلا يجوز هبة المساجد والجوامع لأنها وقف بطبيعته كما يقولون . وتصح الهبة بم عوض لمصلحة الواهب أو للغير

٣) شكل عقد الهبة

٤٢٨ - يجب ان يكون عقد الهبة رسمياً الا اذا أفرغت في قالب عقد آخر (المادة ٤٨/٧٠ مدني و٩٣١ فرنسي . وصيغة المادة صيغة معيبة) والا كانت باطلة . والبطلان مطلق يتعلق بالنظام العام ويجب ان يحكم به القاضي من نفسه ولا تنعقد الهبة بمجرد الابحاج والقبول بل يجب ان يكون كل منهما حاصلًا بمقد رسمي . فإذا حصل أحدهما بمقد رسمي والآخر بمقد عرفي لا تنعقد الهبة . وعقد الهبة من العقود الخاضعة للاوضاع الشكائية ، والتي بدونها لا ينعقد العقد

وهي على ذلك عقد روماني النزعة . وعقد الهبة العرفي لا يصلح ان يكون سبباً صحيحاً مملوكاً بالتقادم الجسمي ^(١) لان السبب الصحيح كما نعلم عقد قانوني صحيح في جوهره وقبوده القانونية ، ولم يشبهه الا شائبة جهل صاحبه بملكية المالك له وهذه شائبة موضوعية لا قانونية

على أنه تصح الهبة بعقد عرفي في الاحوال الآتية : (١) الهبة المستترة ^(٢) وهي التي تقع في صورة عقد آخر كالبيع . — (٢) الهبة الخفية وهي ترك الحق والتنازل عنه ^(٣) — (٣) هبة المنقول اذا حصل تسليمه فعلاً (المادة ٤٨ مدني) واذا تأجل التسليم وجبت الرسمية

٤٢٩ — الخلاف في الشكل حول الهبة المستترة ^(٤) : اذا اشتمت رابحة الهبة من العقد الساتر للهبة كأن وهب البائع الثمن في عقد البيع أو ترك حق المطالبة به في نفس العقد ، قال رأى بصحة الهبة وهي بعقد عرفي باعتبارها مفرغة في قالب عقد آخر . وقال رأى آخر بعدم صحتها لانها لم تعمل بعقد رسمي . وفصلت في الخلاف الدوائر المجتمعة الاهلية بحكم في أول مايو سنة ١٩٢٢ ^(٥) ونرى اثبات أسباب الحكم هنا لانها تناولت حجج الرأيين . قالت الدوائر المجتمعة . « حيث ان الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من القانون المدني نصت على ما يأتي : « انما اذا كان العقد المختمل على الهبة ليس موضوعاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول الا اذا كانا حاصلين بعقد رسمي والا كانت الهبة لاغية » « وحيث ان هذا النص صريح في ان القانون قرر حالتين . حالة الهبة الظاهرة فأوجب ان تكون بعقد رسمي والا كانت لاغية ، وحالة الهبة المستترة بسترار عقد آخر وهذه أجاز فيها أن تكون بعقد عرفي

« وحيث ان النص على هذه الحالة الاخيرة من حيث اجازتها بحكم القانون

(١) استئناف أول يونيو سنة ١٩١٥ ش ٢٧٣ رقم ٢٩٤

(٢) Donations déguisée (٣) Abandon d'un droit

(٤) أنظر مجلة مصر المدنية المجلد ٦ سنة ١٩١٥ — ص ١١٩ — ١٢١ (٥) ١٠٢

٢٣ ص ٦٨ رقم ٤٢ — المجلد ٢ ص ٤٧٣ رقم ١٦٠ — المجلد ٣ ص ١ رقم ١

لاشبيه له في الواقع في سائر القوانين الاخرى . وانما استمده الشارع المصرى من المنهج الذى سار عليه القضاء الفرنسى واتبعه في أحكامه . أما سائر القوانين الاوروبية فهي اما ان تنص على ضرورة حصول الهبة بمقد رسمى سواء في المنقول أو العقار كالقانون الفرنسى نفسه والقانونين الطليانى والامانى ، واما ان تعصر رسمية العقد على العقاردون المنقول كقانون اسبانيا وسويسرا وقانون البرتغال الذى لا يشترطها الا في عقار زادت قيمته عن حد معين من الثمن (٦٠ جنيه تقريباً) واما ان تطلقها من كل قيد شكلى أو تقيدها بمجرد محرر عرفى كقانون انكلترا والنمسا^(١) .

« وحيث انه يستخلص من ذلك ان أغلبية الشرائع الاوروبية أيا كانت البواعث لها قيدت حكم الهبة وجعلتها من عقود العلانية ، ولم تتركها كسائر العقود تتم بمجرد التراضى بحيث لا تكون الكتابة لازمة فيها الا لمجرد الاثبات لا كشرط من شروط الصحة .

« وحيث ان قيد العلانية هذا في الهبة باعتباره شرط صحة لها لم يكن معروفا في الديار المصرية وقت وضع القوانين ، لان الشريعة المتبعة حينئذ وهى الشريعة الاسلامية لا تقتضى فيها تقريباً عن باقى العقود . وأركان الهبة فى الشريعة الاسلامية هى الايجاب والقبول كسائر العقود . ولا يشترط الايجاب لفظ مخصوص بل كل ما دل على تعيين الهبة صحت به . فاذا قال شخص لآخر وهبتك هذا الشئ أو ملكته لك بدون مقابل أو جعلته لك ، وما فى معنى هذه الالفاظ ، كان كل ذلك هبة . والقبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل والقبض . فيستفاد من ذلك ان الشريعة لم تشترط شكلاً مخصوصاً^(٢) »

« وحيث يستفاد من هاته المقارنة ان الشارع المصرى وجد امامه حالة اطلاق وإباحة فى الشريعة الاسلامية جرى الناس على معاملتهم بحسبها . ولا تبطل الهبات ان لم تحصل بعقد رسمى . وحالة ألغىها الفرنج وهى علانية الهبات . فلما وضع

(١) انظر كولوين وكابيتان ج ٣ ص ٧٦١ (٢) راجع شرح الشيخ زيد بك للاحوال

قانونه (ويلاحظ انه وضع القانون المختلط أولاً) اضطر ان يختط طريقاً وسطاً ، لأن الفريقين سيلتقيان في المعاملات ، فاختار الطريق الذي أجازته القضاء الفرنسى وهو ستر الهبات بستر العقود الاخرى ، لأن الناس تعاملوا به فى فرنسا بالرغم من نص قانونهم ، وهو أمر شائع هنا وعلى الأخص صيغ الهبات بصيغة البيوع وشرع جوازه فى القانون بنص صريح

« وحيث أنه متى كان الامر منصوباً عليه فى القانون وجب العمل به . فاذا أبهم الامر فى مدلوله ومواده فلتطبيقه تطبيقاً صحيحاً يجب الرجوع فى تفهم ذلك لمصدره ، خصوصاً متى كان معلوماً

« وحيث انه يتعين الملاحظة بأنه من أهم البواعث للحاكم فى فرنسا على اقرار الهبات المسترة مع أنها قد تعمل هرباً من الرسوم مراعاة لمصلحة الغير من يتعاملون مع المشتري بمقد هبة موصوف بأنه بيع فى الظاهر، فقد لا يتأتى للاجنبى عن هذا العقد الناطقة بظواهره بأنه عقد بيع وهو يتعامل مع ذى الشأن فيه ، أن يتعرف حقيقته فيدرك أنه فى الواقع عقد تبرع . فلما رأى القضاء الفرنسى أنه اذا أبطل هذه العقود أخذاً بمجرية النص تعرضت صواالح الناس للمخاطر وآلت أمواهم للضياع ، والحال أن حسن نيتهم لا غبار عليه ، اضطر لاجازتها والحكم بصحتها اتقاء لهذه المضار ، واجتهد لتسويتها بما استنبطه من مفهوم ومدلول بعض مواد القانون الفرنسى (١)

« وحيث انه يجب الرجوع حينئذ لقضاء تلك المحاكم وأقوال الشراح لمعرفة أنواع الهبات المسترة التى بقصدونها ، فذلك أوثق فى الوقوف على غرض الشارع المصرى الذى اقتبس عنهم حكمه

« وحيث ان القضاء الفرنسى جرى على مراعاة أمرين فى جواز الهبة المسترة وهى أن تكون من حيث الشكل فى صورة عقد بموضع ، ومن حيث الموضوع منطوية على تبرع ، فاستخلص الشراح من ذلك ضرورة ثلاثة شروط وهى : أولاً

أن يكون ظاهر الهبة المستترة عقداً ذا عوض . ثانياً أن يراعى ويحترم الشكل الذى يستلزمه القانون لصحة عقد المعاوضة الساتر لها . ثالثاً أن تجرى فيها أحكام الهبة الصريحة من حيث الموضوع . فتنى توافرت هذه الشروط كانت الهبة المستترة جائزة ومعفاة من حكم الهبة الظاهرة المشترط فيها رسمية العقد، وحينئذ يكون العقد العرفى فيها كافياً^(١)

وحيث انه يترتب على ذلك أنه اذا كان عقد الهبة المستترة لم يكن فى ظاهره عقداً ذا عوض ، بأن كان ظاهره كاشفاً لنية التبرع أو دالاً عليها ، كانت الهبة باطلة لانها لم تحصل بعقد رسمى . اذ المقدم الدال على نية التبرع هو عقد هبة صريحة ويجب حينئذ أن يحصل علانية . طبقاً لحكم القانون

« وحيث ان الشراح والمحاكم جروا على ضرورة مراعاة ذلك فى سائر العقود الأخرى التى قد يلجأ اليها لستر الهبة غير البيع ، فقالوا ببطلانها كلما كانت غير مستوفاة لشرائطها القانونية ، مثال ذلك أنه حكم بأبطال سند صادر من والدين لابتنيهما ختم بمباراة « والنتيجة هى فرق المهر » وصرحوا بأنه لو نص القانون على اجراءات خاصة بتحرير العقد الساتر للهبة وجبت مراعاتها كحالة الهبة المستترة فى صورة اعتراف بالدين فاستلزموا أن الاعتراف بالدين يجب أن يكون حاصلًا طبقاً لنص المادة ١٣٢٦ من القانون الفرنسى التى تقضى بأن يجرى العقد بأكمله بخطه . فاذا اكتفى بامضائه وجب أن يجرى بخطه قيمة المبلغ أو الشيء المعترف به بالاحرف الكتابية . واذا أراد المتبرع أن يهب ديناً له بسند تحت الاذن وجب أن يكون السند قابلاً بطبيعته للتحويل وأن يكون التحويل صحيحاً^(٢)

« وحيث انه فيما يتعلق بستر الهبة فى صورة بيع تشددت بعض المحاكم فى فرنسا الى حد أن تبطل العقد اذا كان الثمن المذكور به غير جدى أى غير متناسب مع قيمة المبيع ، ثم عدلوا عن هذا المبدأ الذى انتقده الشراح وذلك لان المقصود استيفاء شروط البيع شكلاً لا حقيقة ، ولكنهم يجمعون على ضرورة

استيفاء جميع أركان البيع القانونية، أى ذكر الثمن فى العقد ثم الاعتراف بقبضه، لا التقرير بالابراء منه أو هبته

« وحيث أنه فى الواقع اتفق جميع الشراح بصدد شرح أركان البيع على أن الثمن الذى يرىء البائع المشتري منه فى نفس العقد أو يهبه له لا يعتبر ثمناً، لأن الهبة أو الابراء فى الحال لا تجعل المشتري مديناً بالثمن الذى يكون ذكره صورياً لا حقيقياً. اذ المشتري لم يصير لحظة من اللحظات مديناً به. وقالوا ان مثل هذا العقد لا يعد بيعاً لعدم وجود المقابل لنقل الملك، وإنما يعد هبة محضة تجري فى أحكامها، ولا تصح الا اذا كانت بعقد رسمى

« وحيث انه يترتب على ذلك أن الهبة المستترة فى صورة البيع لا تكون جائزة الا اذا كان العقد جامعاً فى الظاهر لاركان البيع اللازمة لانقاده. أى مذكور فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، مثله فى ذلك مثل العقود الاخرى الساترة للهبة، فاذا كانت نية الهبة ظاهرة فمن الخطأ تسميتها هبة مستترة لان الهبة مستتبنة من نص العقد

« وحيث ان هذا رأى هو المعقول لانه يتأتى أن يترتب على العقد الذى لم ينعقد ولم يتكون لفقد أحد أركانه كالبيع المبرأ والموهوب فيه الثمن نتائج تجعله صحيحاً وقائماً بصفته عقداً آخر ساتر للهبة

« وحيث فى الواقع أن ذكر الثمن فى عقد ثم هبته فى الحال أو الابراء منه يدل كل مطلع أجنبياً عنه أو غير أجنبى أنه عقد تبرع، فوجب حينئذ اعتبار مثل هذه العقود عقود هبة صريحة غير موصوفة بصفة عقد آخر، ولزم حينئذ تحريرها بعقد رسمى، خصوصاً وأنه لا حاجة هنا لحماية الاجنبى لانه فى وسعه أن يقف على قيمة العقد وأن يتدارك ما عساه يحيق به من الضرر اذا تعامل مع صاحبه

« وحيث أن معنى ذلك كما قرر الشراح أنه يجب فى جميع الأحوال أن يكون اخفاء الهبة اخفاء تاماً، فاذا تيسر بمجرد الاطلاع معرفة حقيقة العقد كان باطلاً

ووجب اعتباره عقد هبة ^(١) . وقد لخص بودرى رأى القضاء الفرنسى قائلاً أن مبدأه الثابت أن الهبة المستترة في شكل عقد معاوضة صحيحة بصرف النظر عن الملاينة التي يحتملها القانون بشرط أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفياً للشرائط اللازمة لاتمامه ^(٢)

« وحيث أن ما ذهب اليه بعض المحاكم من تصحيح هذه العقود على اعتبار أن هبة الثمن جائزة لانه منقول معترض عليها من وجوه عدة ، اذ من المسلم به أن العقد في ذاته وحقيقته هبة بغير مقابل ، أى لا ثمن لها في الواقع ، وحينئذ يكون الثمن معدوماً ، وهبة المعدوم باطلة شرطاً وقانوناً لانعدام محلها . ومن جهة أخرى قد قاتم أن هبة المنقول اما أن يكون قد أجازوها بناء على العقد المطعون فيه وهى عقد عرفي فتكون باطلة ، لان مادة ٤٨ من القانون المدني صريحة في وجوب حصول هبة المنقول بعقد رسمى أيضاً ، أو أجازوها على اعتبار أنها هبة يدوية وهى لا تصح الا اذا وقعت بتسليم وتسلم فعليين عملاً بنص المادة ٤٩ من القانون المدني . ولا يتأتى ذلك هنا لانه لا ثمن في الواقع . فاذا تبين من ذلك أن هبة الثمن باطلة كان البيع باطلاً أيضاً لنقص أحد أركانه والباطل لا يصح بعقد آخر

« وحيث أنه فضلاً عن ذلك فالقول بهبة الثمن المذكور في العقد تسليم بأن البيع غير منعقد ، وحينئذ يبقى نص المادة القاضى بإجازة الاخفاء اذا كانت موصوفة بصفة عقد آخر منطبقاً ، لانه لا عقد

« وحيث أن بعض الاحكام ذهبت الى تسويغ ذلك قولاً بأن المقصود بنص المادة ٤٨ هى أحكام الشريعة الاسلامية ، وهى تجيز الهبة بلا عقد ، وهواستنتاج غير صحيح لوضوح أن هذا النص مأخوذ عن أحكام المحاكم الفرنسية ، ولان الشريعة الاسلامية لا تعتبر عقداً كهذا عقد بيع بل تعتبره عقد هبة ، اذ العبرة

(١) راجع بلايول ج ٣ ص ٦١٨ وكابيتان ج ٣ ص ٧٧٠ (٢) راجع بودرى

عند الشرعيين ليست بالاتفاظ والمباي بل بالمقاصد والمعاني . فكل بيع ذكرت فيه هبة الثمن أو الإبراء منه هو بيع باطل . فقد جاء بأبن عابدين ما يأتي «وبطل بيع صرح بنفي الثمن فيه لانعدام الركن وهو المال» ^(١) وقالوا ان كل لفظ ينفي عن معنى التملك بلا مقابل يكون هبة . فقوله ملكته لك بدون مقابل أو في معناه هبة لان لفظ ملكت وان كان محتملا للهبة ولنيرها مثل البيع الا أن قوله بعد ذلك بدون مقابل ينفي غير الهبة . وهذا بلا جدال يساوي قوله بعت وأبرأت من الثمن ^(٢)

«وحيث انه يلاحظ ان أحكام الشريعة الاسلامية بشأن الهبة لا تخالف غالبية الشرائع الاجنبية الا من حيث عدم اشتراط ثبوتها بالكتابة حتى ان هبة الدين لا تصح الا اذا كان الدين قائما

» وحيث أن القول بأنه لا يصح تقض تصرف من كان صريحا في عمله في حين اجازته لو كان أخفى غرضه مردود بأن المسألة هنا مسألة نص قانوني ، على أن الواقع أن الواهب لم يكن صريحا في عمله ، فقد أراد التحايل ولكنه ضل الطريق ، فلم يعرف كيف يستوفى شرائط العقد الذي التجأ اليه ليتخذ حيلة وكان في الواقع يقوم مقام هبة الثمن اعترافه بقبضه ليصح عقده «وحيث أنه يستفاد من كل ذلك أن الاجماع هو أن مثل هذا العقد الذي تحصل هبة الثمن فيه أو الإبراء منه لا يعتبر بيعا بل يعتبر هبة محضة» .

الحكم

٤٣٠ — في الهبة المحضة : هي ما تقع في صورة التنازل أو الترك كاعطاء مخالصة بدين أو التنازل عن حق ارتفاق وهكذا . وهي تصح دون اشتراط رضا الموهوب له على الرأي الارجح اذ تعتبر عملا قانونيا من طرف واحد ^(٣) وتصح

(١) راجع ابن عابدين ص ١١٠ ج ٤ (٢) راجع شرح الاحوال الشخصية للشيخ زيد بك ص ٢٣١ ج ٢ (٣) م ت ق ٢٦ ، ١٨ اخذاً بأحكام الشريعة الاسلامية — انظر عكس ذلك بارد في مجموعة بودري الطويلة ن ١٧٦٧

أيضاً دون أن تكون رسمية ^(١)

٤٣١- الهبة البيرورية : الهبة اليدوية ^(٢) كما يدل عليها اسمها تحصل بالتسليم الفعلي عن منقول قابل للتسليم . وهي تتم به دون حاجة لعقد رسمي (المادة ٤٩ مدنى) وهي هبة لا بد فيها من شروط الهبة الحقيقية . ويستفيد الموهوب له من قاعدة حيازة المنقول سند تملكه ، وعلى الغير الذى يدعى ملكيته للمنقول اثبات ذلك بالقيود القانونية المعروفة فى حيازة المنقول

٤٣٢- الهبة الملقة على شرط : هى صحيحة سواء كان الشرط توقيفياً أو فاسخاً لا ارادياً محضاً ^(٣) ويؤخذ هنا بالاحكام المعروفة فى الشرط وآثاره الرجعية (المواد ١٠٤ و ١٠٥ مدنى) وللموهوب له اتخاذ الاجراءات التحفظية قطعاً للتقادم وله تجديد التقييد . واذا كان الشرط مستحيلاً ^(٤) أو مخالفاً للأداب العامة ^(٥) بطل الشرط وصحت الهبة ، الا اذا كان الشرط هو الباعث الاساسى للهبة فتبطل الهبة أيضاً ^(٦)

٤) فى آثار الهبة على العاقدين

وعلى الغير

٤٣٣- الهبة عقد كبتية العقود خاضعة لاييجاب وقبول . انما لا بد فيها ان يكونا حاصلين بشكل رسمى . ولا يكتفى حصول الايجاب رسمياً دون القبول . ولا يشترط ان يكونا حاصلين بعقد واحد . واذا مات الموهوب له قبل القبول صح للورثة أو للوصى عليهم ان كانوا قصرأ حق القبول بالنيابة عنهم . (المادة ٥١ مدنى) ويجب أيضاً ان يكون القبول هنا رسمياً حتماً . والقبول حق شخصى خاص بشخص الموهوب له ، فان شاء قبل الهبة أو رفضها ، وليس لدائنيه القبول بدلا

(١) استئناف م ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ ، ٢٥ ، ٥٠ (٢) Don manuel

(٣) Purement potestative (٤) Impossible (٥) Immorale

(٦) دى مجلس ج ٢ ص ١٩ ن ٥٥ - وج ١ ن ٥٥ وما بعدها

عنه ولا بدلا عن ورثته . وليس لدائن الوارث ان يقبل الهبة أيضاً بدلا عن مدينه الوارث . واذا قبلها أحد الورثة دون الآخرين تفذت على من قبل لا على من لم يقبل

واذا مات الواهب قبل القبول بطلت الهبة . وكذلك اذا زالت عنه أهليته (المادة ٥٠ مدني) ولا يشترط ضرورة علم الواهب بقبول الموهوب له

قلنا ان الهبة تنمقد ككل عقد بإيجاب وقبول فتصبح حجة على طرفيها . هذا في عهد القانون القديم قبل ظهور قانون التسجيل الجديد . وأما الهبة ناقلة لحق عيني عقارى ، ان كانت متعلقة بعقار ، فهي حتما خاضعة لقانون التسجيل المتقول بها بالمادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المذكورة ، بحيث اذا لم يتسجل العقد فلا تنتقل الملكية مطلقاً . وكان في عهد القانون القديم لا بد من التسجيل حتى تكون الهبة العينية العقارية حجة على الغير (المادة ٥٢) ولما تقرر التسجيل ركناً أساسياً لنقل الملكية العقارية تحتم على قانون التسجيل إلغاء المادة ٥٢ المذكورة (المادة ١٦ من قانون التسجيل)

٤٣٤ — النقصان في الرتبة : لا ضمان على الواهب عند استحقاق الموهوب الا اذا وجد شرط على خلاف ذلك ، أو كان الاستحقاق بسبب فعل الواهب بعد الهبة ^(١)

٤٣٥ — بطاوة الرتبة : تبطل بالاسباب المقررة للمعقود بوجه عام ، فاذا شاب الرضاء عيب بطلت الهبة . وتبطل عند عدم توافر شرط نية الهبة ، وعدم حصولها رسمياً . وتبطل اذا كان السبب فيها غير مشروع ، الا اذا كان الغرض منها منصرفاً الى اصلاح ضرر وقع بالموهوب له كالتعهد بدفع مبلغ للمحظية عند الفرقة . وتبطل بموت الواهب أو زوال أهليته قبل القبول . ولكنها لا تبطل بموت الموهوب له ، فاذا مات الموهوب له قبل القبول جاز للورثة وأوصيائهم القبول . وما القول فيما اذا زالت أهلية الموهوب له قبل القبول .

(١) استتلاف ٢٨ مايو سنة ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٣٣٠ — ٩ مارس سنة ١٩٠٢ ، ٢٨ ، ١٩٠٢

فهل يجوز لقيمة القبول بدلا عنه؟ لم ينص القانون كما نص في حالة موت الموهوب له، فجاز الهبة على شرط قبول الورثة، وكما نص في حالة الموهوب اذ أ بطل الهبة، وانا نرجح ابطال الهبة وعدم جواز القبول من التقيم بالنيابة عن الموهوب له، لان الشارع لم يبيح النيابة في القبول الا في حالة وفاة الموهوب له، الوفاة فقط، لازوال الاهلية

٤٣٦ - **الرهبة ودعوى الربطال** : اذا حصلت الهبة اضراماً بدائتي الواهب جاز ابطالها بدعوى ابطال تصرفات المدين^(١) طبقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدني الواردة في باب الالتزامات (والقانون المختلط نص زيادة على ذلك، دون القانون الاهلي على جواز بطلان الهبة الضارة بدائتي الواهب بالمادة ٢٤ ونصها عام حتماً) وطبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية^(٢) انما نص القانون الاهلي بالمادة ٥٣ والمختلط أيضاً بالمادة ٧٦ على عدم صحة الوقف الحاصل اضراماً بالدائنين. وورد هذا النص بباب الهبة، وعلى ذلك يخضع حكم بطلان الوقف هنا الى القواعد المدنية البحت المقررة في دعوى ابطال تصرفات المدين طبقاً للمادة ١٤٣ / ٢٠٤ مدني المذكورة، ودعوى ابطال هذه هي كسكل دعوى تتقدم هي الاخرى بعدة ١٥ سنة، فاذا عمل وقف وسكت الدائن دون طلب ابطاله ١٥ سنة سقط حقه وصح الوقف^(٣) والدائن الذي يستفيد من المادة ٥٣ في ابطال الوقف هو من ثبت حقه قبل الوقف^(٤)

٤٣٧ - **الرجوع في الرهبة** : أمر خاضع لأحكام الشريعة الاسلامية (المواد ٥١٥ - ٥٢٩ من الاحوال الشخصية لقدري باشا) وهو من اختصاص القضاء الشرعي لا المدني^(٥). واذا انعقدت الهبة بطريقة غير رسمية صح الرجوع وصح طلبه

(١) Action révocatoire . (٢) الشيخ زيد بك في شرح أحكام الاحوال الشخصية ج ٢ ص ٣١٤ (٣) استئناف ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ ص ٤٨٣ رقم ١٦٢ - ح ١٤ ص ٨١ (٤) استئناف ٧ يونيو سنة ١٩٠٠، ١٢، ٣١٦ (٥) جزئي ١٣ مايو سنة ١٩١٩ م ر ا ، ٢١ ص ٨٠ رقم ٥٠ - كلى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤، ش ٣ ص ١٠٥ رقم ٢٣

أمام القضاء المدني ^(١) واختلف أئمة الشريعة الاسلامية في صحة الرجوع في الهبة . فقال الامام الاعظم يصح الرجوع كلا أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه . ويقول الامام الشافعي بعدم صحة الرجوع ^(٢)

ويحول دون الرجوع موانع سبعة وهى : حالة الزيادة (المادة ٥١٦ من كتاب الاحوال الشخصية) وموت أحد العاقدین (المادة ٥١٧) وخروج الموهوب من ملك الموهوب له (٥١٨) والزوجية (٥١٩) والقربة (٥٢٠) وهلاك الموهوب له واستهلاكه (٥٢١) وأخيراً اذا كانت الهبة بعوض (٥٢٢)

٤٣٨ - حرية المالك في الديها ب : للمالك ان يهب ما يشاء من ماله كلا أو بعضاً لمن يشاء قريباً أو أجنبياً عنه (المادة ٥٠٣) . واذا كان مريضاً مرض الموت فتصح الهبة ان كانت لاجنبى غير وارث على شرط ان لا يكون للواهب وارث والا فلا تنفذ الا في ثلث التركة الا اذا أجازها الورثة فيما زاد عن الثلث ، ولا تصح الهبة على كل حال للوارث الا اذا أجازها الورثة ^(٣)

٤٣٩ - الرهن وقانونه التسجيل الجديد : اذا انصبت الهبة على عقار وجب تسجيلها لتكون حجة على الغير وذلك في عهد القانون القديم (المادة ٥٢ مدنى) والهبة من العقود الخاضعة للتسجيل باعتبارها داخلة ضمن المادة ٦١١ مدنى اذ تندمج في عبارة « . . . أو المشتعلة (أى العقود) على ترك هذه الحقوق » من المادة المذكورة . ولا تصح الهبة على كل حال الا اذا كانت بعقد رسمى

هذا بشأن القانون القديم . وأما وقد صدر القانون الجديد الخاص بالتسجيل فلا بد في عقد الهبة ان يكون مسجلاً لنقل حق الملكية المقارية طبقاً للمادة الاولى من القانون المذكور . وعلى ذلك أصبح لا بد في الهبة من ضرورة رسمية العقد حتى تنعقد الهبة ، ومن ضرورة التسجيل حتى تنتقل الملكية . والرسمية وحدها

(١) استئناف أول يونيو سنة ٩١٥ ، ش ٢ من ٢٧٢ رقم ٢٩٤

(٢) الشيخ زيد بك في شرح أحكام الاحوال الشخصية الطبعة الثالثة ج ٢ من ٢٥٦

(٣) الشيخ زيد بك في أحكام الاحوال الشخصية ج ٢ من ٣١٤ والمادة ٥٦١ لقدرى باشا

دون التسجيل ، أو التسجيل وحده دون الرسمية ، لانتمقد به الهبة ، بل لا بد من الاثنين معاً . وما دام أن التسجيل شرط لازم لنقل الملكية في الهبة ، ولم يكن المقصود منه لأول وهلة ان يكون مجرد أداة لحماية الغير ، أصبحت المادة ٥٢ المتقدمة لاغية ، وهذا هو ما قرره قانون التسجيل الجديد بالمادة ١٦

في التملك بالارث

٤٤٠ — الارث وسيلة من الوسائل المدنية أو الشرعية المقررة للتملك : ولا يصلح الارث وسيلة للتملك الا بتحقق شروط ثلاثة . تحقق موت المورث أو الحاقه بالموتى حكماً ، وتحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو الحاقه بالاحياء تقديرأ ، والعلم بالجهة التي بها الارث وبالدرجة التي يجتمع فيها الوارث والمورث (المادة ٥٨٢ من الاحوال الشخصية) فتي تحققت هذه الشروط صح التملك بالارث

ويرجع في التملك بالارث الى شريعة المتوفى . وتقول في ذلك المادة ٧٧/٥٤ مدني « يكون الحكم في الموارث على حسب المقرر في الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى » ^(١) بمعنى ان كيفية التوارث وتقدير الانصبه في الارث وكل ما يتعلق بالارث انما هو خاضع لاحكام شريعة المتوفى أى ديانتة ^(٢) وعلى ذلك تصبح هذه المسائل المتعلقة بالموارث من اختصاص محاكم الاحوال الشخصية لامن اختصاص المحاكم المدنية الاهلية والمختلطة . الا أنه يلاحظ أن الشارع الاهلي قرر في نهاية المادة ٥٤ المذكورة ما يأتي : « . . أما حق الارث في منفعة الاموال الموقوفة فتنتب فيه أحكام الشريعة المحلية » ^(٣) وقرر الشارع المختلط بالمادة ٧٧ المقابلة لها ما يأتي : « . . أما حق الارث في مصلحة الاموال الموقوفة أو في منفعة الاراضى الخراجية » ^(٤) فتنتب فيه أحكام الشريعة المحلية » ولقد سبق أن رأينا في شرحنا

(٢) كلى ١٠٤ ديسمبر سنة ٩١ الحقوق
Tributaires (٤)

(١) statut personnel du défunt

Loi locale (٣) ٣٤٢ س ٦

للمادة ٥٤ المذكورة أن الغرض من هذه العبارة الأخيرة من المادة هو الإشارة الى القانون العثماني الصادر في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ هـ و ١٠ يونيو سنة ١٨٦٧ م الخاص بمقتد الاجارتين المنوه عنه بالمادة ١٨ / ٣٧ مدني ، لا الشريعة الاسلامية كما قال ابن غير حق فتحي باشا زغلول بكتابه ص ٨٧ . وأما العبارة الواردة بالمادة المختلطة بشأن التوارث في حق الانتفاع بالاراضي الخراجية فهي تتعلق بما كان مقررأ من قبل من الفصل بين الاراضي العشرية والاراضي الخراجية المملوكة رقبة للحكومة ومنفعة للاهالي بأحكام خاصة معينة باللائحة السعيدية الصادرة في ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨

وان كانت مسائل الارث ترجع لقضاء الاحوال الشخصية (المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية والمادة ٤ من القانون المدني المختلط) فذلك لا يكون الا من حيث المسائل المتعلقة تمام تتعلق بأحكام شريعة المتوفى . وعلى ذلك اذا ثبت الارث وتعين النصيب فقد جاز للوارث المطالبة بمقدار نصيبه في التركة أمام القضاء المدني^(١)

٤٤١ - ولا يصح إيقاف الدعوى المدنية هذه بسبب اختصاص القضاء الفرعي الا فيما يتعلق باختصاص هذا القضاء الاخير وفيما اذا كانت المسئلة المختلف فيها جدية . فالاعلام الشرعي مثلا يصلح لان يكون اداة اثبات الوراثه أمام القضاء المدني . ولكن لا يصلح اذا رفعت دعوى النزاع في الوراثه أمام القضاء الشرعي . وفي هذه الحالة يجب إيقاف الدعوى المدنية حتى يصدر حكم القضاء الفرعي بطريقة نهائية في مسئلة الارث . كل ذلك لان الاعلام الشرعي لا يصدر بناء على خصومة قضائية بالمعنى القانوني لانه يعمل بناء على طاب يقدم من ذي الشأن ويسمخ القاضي الشرعي شهوده في غيبة خصومه بلا اجراءات قضائية تضمن لطرفي الخصومة وسائل الدافع عن حقوقهم ، واذا كانت المسئلة الخلافية المطروحة في الدعوى المدنية والخاصة بالشريعة الاسلامية غير جدية أو كانت

حكم الشريعة فيها لا يقبل جدلاً جاز للقاضي المدني الفصل في الدعوى المدنية
أخذاً بحكم الشريعة في المسألة المختلف فيها ، دون أن يكون في ذلك افتيات منه
على قضاء الاحوال الشخصية . وبوجه عام يجب على الوارث في الدعوى المدنية
أن لا يطرق باب القضاء المدني الاهلي أو المختلط الا اذا كان مزوداً بما يؤيد
مدعاه في أنه وارث وبما يثبت مقدار نصيبه في الارث ^(١)

في الوصية

٤٤٢ — الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع (المادة
٨٦ من مرشد الحيران والمادة ٥٣٠ من الاحوال الشخصية) وتتفق الوصية مع
الهبة في أن كلا منهما تبرع . ولكن يختلفان عن بعضهما البعض في أن الوصية
تبرع مضاف الى ما بعد الموت . وأما الهبة فهي تبرع بالتملك حالا . ونظراً لهذا
التشابه القائم بين الوصية والهبة تعددت الاحكام القضائية بشأن العقود الصادرة
من الموصين أو الواهبين فيما اذا كانت تعتبر وصية أو هبة وذلك في حال تصدورها
من الموصى الى الوارث له . لانه ان ثبت في هذه الحالة بأن العقد عقد وصية بطل
العقد وبطلت الوصية أخذاً بالقاعدة الشرعية المعروفة بأن لا وصية لوارث .
ويتبين ذلك فيما اذا كانت نية المالك الصاهر منه العقد قد انصرفت الى تملك
الوارث الى ما بعد الوفاة . وأما اذا كانت نيته منصرفه الى التملك الحالى فلا يبطل
العقد لانه لا يعتبر وصية . انما يجوز أن يبطل من طريق آخر اذا لم يعمل بالطريقة
الرسمية طبقاً للمادة ٧٠/٤٨ مدنى اذا لم يكن مفرغاً في قالب عقد غير عقد الهبة .
وقد تشبه الوصية والهبة من جهة مع البيع من جهة أخرى . وذلك فيما اذا جاء

(١) جزئ ٨ يوليو سنة ١٩٣٠ ح ٨ ص ١٣١

المورث وباع ما يملكه بعضاً أو كلاً الى وارث له ولم يقبض ثمناً للصفقة ثم احتفظ لنفسه خاصة بحق الانتفاع بما باعه حتى وفاته واشترط لذلك على المشتري عدم التصرف فيما اشتراه . فاذا تبين في هذه الحالة أن العقد تملك تام حاضراً وأنه هبة مستترة قد سترها عقد البيع وأن شرط عدم التصرف انما جاء ضماناً لحق الانتفاع . صح العقد وصحت الهبة بمقدها العرفي دون شرط الرسمية أخذاً بالمادة ٤٨ المذكورة . وتصرف مسئلة احتفاظ المورث بالانتفاع حتى الوفاة الى أنها عقد جديد لاحق لعقد البيع قد صدر بعد انتهاء عقد البيع . أى بعد انتهاء عقد التملك الحاضر ، أى تملك عن طريق الهبة في صورة بيع . وقد سبق أن بينا ذلك في مكانه عند ما تكلمنا على نظرية الشروط الخاصة بعدم جواز التصرف^(١)

٤٤٣ — ويرجع في المسائل المتعلقة بالوصية الى أحكام شريعة الموصى . أى هي والارث سواء في هذا الشأن . وكذلك ما يتعلق بشكها أيضاً . وفى ذلك تقول المادة ٥٥ مدنى أهلى ما يأتى « وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية^(٢) وفي صيغتها^(٣) الاحكام المقررة لذلك فى الاحوال الشخصية المختصة التابع لها الموصى »^(٤) وقررت المادة ٧٨ مدنى مختلط ما يأتى : « تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وضيغتها الاحكام المقررة لذلك فى شريعة الملة التابع لها الموصى . أما الاحكام المتعلقة بفسخ الملكية^(٥) فى الاموال الثابتة وردها لمستحقها بسبب تجاوز الواهب حق النصاب^(٦) أو عدم ابقائه لورثته المقروض لهم شرها^(٧) أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه^(٨) ولا بحقوق الدئنين له برهنها^(٩) اذا كان التملك

(١) انظر أيضاً الاحكام الآتية م ر ١ ، ١١ ، ١٢٥ رقم ٤٥ — وص ١٣٢ رقم ٤٧ —
والحملة ٢ ص ١٤٤ رقم ٤٦ — ش ٣ ، ص ٤٨٩ رقم ١٦٥ — م ر ١ ، ١٩ ،
ص ٧٣ رقم ٥١ — الحملة ١ ص ١٠٥ رقم ١٠٥ (٢) Capacité de tester
(٣) La forme (٤) Statut personnel du testateur
(٥) Légitime réserve (٦) Résolution des droits de propriété
(٧) Créanciers (٨) Tiers acquéreurs (٩) Quotité disponible
hypothécaires

أو الرهن حصل اليهم وهم معتقدون صحة ملكيته وتصرفه « وهذا النص المختلط
انما يرمى أيضاً هو الآخر الى حماية الغير الذين تقررت لهم حقوق عينية عقارية
وكانوا حسنى النية ، أى لا يعلمون بما يشوب عقود تملك المملكين لهم

٤٤٤ — ويشترط فى الموصى أن يكون بالغاً عاقلًا مختاراً أهلاً للتبرع .
وفى الموصى اليه أن يكون حياً تحقيقاً أو تقديرًا ، أى جنيئاً دبت فيه الحياة
(المادة ٨٧ من مرشد الحيران ، والمادة ٣٥١ من الاحوال الشخصية)

٤٤٥ — ولا تجوز الوصية لو ارث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى
(المادة ٩٠ من مرشد الحيران والمادة ٥٣٦ من الاحوال الشخصية) وتجوز فى
ثلاث تركة الموصى ^(١) . والدين على التركة مفضل على الوصية ^(٢)

٤٤٦ — ومن حيث شكل الوصية لا تسمع أمام المحاكم الشرعية دعوى
الوصية أو الالباء أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى عند الانكار الا اذا وجدت
أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاءه (المادة ١٠٠ من
لائحة ترتيب المحاكم الشرعية)

ولا تنفذ الوصية الا بعد قبول الموصى اليه بها بعد وفاة الموصى . وأما قبل
الوفاة فالموصى حر فى ان يبقى الوصية أو يبطلها ^(٣)

٤٤٧ — ومن حيث الاختصاص فكل ما يتعلق بالوصية فهو من اختصاص
القضاء الشرعى ، وذلك فيما ينصرف الى المنازعات الناشئة عن الوصية فقط كالطعن
فيها من حيث الاهلية ومقدار الوصية . وأما ما يتعلق بتنفيذها اذا قطع
فى صحتها فهو من اختصاص القضاء المدنى كالمنازعات الخاصة بتسليم الموصى به
والمطالبة بريعه وغير ذلك من المسائل التى لا تمس جوهر الوصية ^(١) ونرى أن
اختصاص القضاء المدنى حاصل أيضاً حتى ولو كان النزاع منصرفاً الى جوهر

(١) ٩١ مرشد الحيران و ٥٣٧ من الاحوال الشخصية (٢) ٧٨ مرشد الحيران
(٣) شرح الاحوال الشخصية لزيد بك ج ٢ ص ٢٩٠ — ح ١٤ ص ٤٧١ — ح
١٥ ص ١٩٣ — ح ٧ ص ٣٦٣ — ح ٢٠ ص ١٣ (٤) استئناف ١١ يناير ١٩٤
ح ١ ص ٤٠٧ — جزئى ١٠ فبراير سنة ١٩١٩ م ر ١ ، ٢١ ص ٥٦ رقم ٣٥

الوصية والى المسائل الشرعية البحت وذلك فيما اذا كانت هذه المسائل الشرعية مسلم بها شرعاً وثابتة بلا جدل وخلاف ، وكان النزاع في هذه الحالة نزاعاً كيدياً غير جدى لا يرمى به صاحبه الا الى مجرد التسوية وتعطيل الحق على صاحبه

٤٤٨ - والاختصاص في الوصية كما في الميراث والهبة من النظام العام طبقاً للعادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية بحيث يجوز للقاضي الحكم فيه دون طلب أحد خصوم الدعوى ^(١) اذ لا يعتبر من الدفوع الفرعية الخاصة التي تسقط بعد ابدائها قبل ابداء أى طلب . واذا طلب الموصى أو من ينوب عنه تثبيت ملكيته لما أوصى به الموصى وطعن خصومه في أصل الوصية وجب إيقاف الدعوى المدنية حتى يفصل في الدعوى الشرعية ^(٢)

في الشفعة

في أصل الشفعة ومرامها وأثر الحركة الاقتصادية فيها

وفي

ضرورة صبغها بصيغة الاصول القانونية الحاضرة

٤٤٩ - الشفعة « حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن » (المادة ٩٥ من مرشد الخيران) . - أو هو الحق في تملك العقار المبيع على المشتري بالثمن الذي دفعه والرسوم والمصاريف ^(٣) . فاذا توافرت أركان الشفعة وشروطها واجراءاتها القانونية صح الحكم بالشفعة برغم ارادة المشتري وانتزع العقار من يده وتسلم الى الشفيع

والشفعة نظام من أوضاع رجال الفقه الاسلامي قد لوحظ في تقرير مشروعيته دفع الضرر الناشئ عن سوء المجاورة بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث

(١) استئناف ١٩ مايو سنة ٩٢ ح ٧ ص ٩٩ (٢) استئناف ٢٠ مارس سنة ١٠٦

ح ٢٢ ص ١ (٣) شرح المدني لتتحي بإشازغلول ص ٨٢

« اعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار ^(١) . ويحكى هذا الوضع النظامى الدور الاجتماعى الذى اجتازته الشعوب التى أقرته . لأن من شأن الحياة البسيطة ووقوف الافراد عند حد معين فيها ان يشعروا بما يحتمل ان يقع بهم من المضايقات المختلفة فيما اذا بيع بيت لاجنبى فيصبح هذا الاجنبى دخيلاً فى وسط تخلى فيه البائع للمشتري الدخيل فتضايق الجار . لذا أبيع لهذا الجار ، وقد اطأنت نفسه من قبل الى جوار البائع ، ان يحول دون تدخل الاجنبى فيشترى العقار لنفسه ويطمئن على وسطه كما كان من قبل مطمئناً . وأما والآت وقد ثارت ثورة المدنية العالمية فى بعض أنحاء العالم ، واصطلح الناس على ان يخضعوا لنظامها الحديث وهو نظام قسرى لا مفر منه البتة ، وخرجوا بالمعيشة من دور البساطة الى هذا الدور الذى تراه من تعدد أنواع الضرورات والكالات واتساع ارجاء العمران وترامى مناحيه فى البلد الواحد وتمير الجهات النائية ، وتقريب ابعادها البعيدة بوسائل المواصلات المختلفة ، أصبحت الشفعة ، وقد تلج ذلك فيها بحق ، نظاماً مضطرباً لا يأتألف والنظام الاجتماعى الحاضر .

٤٥٥ — هذا من الوجهة الاجتماعية الصرف . وأما من الوجهة القانونية فالشفعة خرق لحزمة حرية التعاقد بين الافراد وتمد ظاهر على الحقوق التى تنقرر للمشتري بعد اتمام الصفقة . أليست الشفعة صورة لنزع الملكية لمنفعة خاصة ؟ وما شرع نزع الملكية جبراً على المالك الا لاسباب مشروعة ضمنية تقضى بها المصلحة العامة ، أو تقضى بها مصلحة الدائنين فى تقاضى ديونهم من مدينهم من طريق بيع أملاكه القابلة للبيع ، طبقاً لحق الضمان العام المقرر لهم من قبل على ماله . أين نزع الملكية هذا المشروع للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة بناء على حق الضمان العام المقرر من قبل ، من نزع الملكية هذا الذى يقضى به حق الشفعة ؟ أيملك المشتري حق استقرار الصفقة لديه وقد أباه عليه الشارع فنزع منه هذا الحق

ومنحه لجار قد لا يدعى غالباً سوء جوار، وإنما يرمى الى ارضاء نزعة مالية والايفال في مجال المضاربة فيشتري العقار ثم يعمل على تجزئته بالبيع قطعة قطعة أو برمته فيصيب مغماً كان المشتري الاول في حل من الانتفاع به ! وبأى مبرر قانونى صحيح يحرم المشتري من حق تقرر له ثم يمنح هذا الحق للجار ؟

وحق الشفعة حق استثنائى ثقيل الوطأة على الافراد ، لذا يجب الاخذ فيه بالحيلة بحيث لا يجوز تجاوز الحدود القانونية المقررة له ^(١)

٤٥١ — والذي يقع في مجال العمل أن المشتري يعمل على أخذ الصفقة من البائع بثمن مناسب يرضى المشتري ويستخدم ما يوفق اليه من ظروف ومناسبات حتى يصل الى ثمن قد لا يصل اليه غيره . وقد يقع أيضاً أن تكون هناك صلة وحالة خاصة بين المتبايعين فيتساهل البائع مع المشتري في تقدير الثمن ، من طريق المجاملة أو من أى طريق آخر لظروف شتى : فإذا حصل ذلك كله فكيف يمكن تبرير الشفعة في هذه الحالة وتمكين الشفيع من الاستفادة من هذه الظروف الخاصة والشخصية البحت التي اكتسفت المشتري وحده ، فلا يدفع الا الثمن المقدر بالعقد حتى ولو ثبت أن هناك مناسبات عدة جعلت البائع يتساهل في تقدير الثمن ؟ أليس في ذلك حرمان للمشتري من الاستفادة بظروفه الشخصية الخاصة به ، وجعل الغير يستفيد منها بلا مقابل ؟

وأما والشفعة حق يتقرر للشفيع بمجرد تمام الصفقة والتعاقد عليها ، فكأن عقد المشتري لا يعتبر عقداً مملوكاً تملكها نهائياً له ، بل عقداً معلقاً على شرط ، أى شرط عدم أخذ الشفيع بالشفعة . وفي ذلك عيبان ظاهران . أولاً . ان مما يكره فيه تشريعاً تقرير الحقوق للافراد بالرجوع الى قيود تشريعية معطلة لحرية التعاقد وهي أساس المعاملات في الازمان الحاضرة وروح التعاقد القانونى الملزم . نعم وان كان الشارع قد وضع قيوداً لحرية التعاقد في بعض المواطن الخاصة كرسمية العقد في الهبة (المادة ٤٨/٧٠ مدنى) والاستبدال في الديون (المادة ١٩١/٢٥٥ مدنى)

وضرورة تسجيل العقد في انتقال الحقوق العينية العقارية (قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ و ١٩ سنة ١٩٣٣) فإنه راعى في ذلك اعتبارات كثيرة ترجع للنظام العام . ولكن أين النظام العام من حق الشفعة ، وهو حق كما رأينا قد أصبح ذريعة للمضاربة وغيرها . ثانياً . ومتى كان حق المشتري في الملكية النهائية حقاً معلقاً على شرط ، فإن من شأن العقود الشرطية أن تجعل الحقوق في حالة مضطربة ، وتمطل عليها أمر رواجها في مجال التعامل بين الافراد . وتبقى هذه الحقوق مهددة زمنياً ما . نعم ولو أن الشارع جعل مدة التهديد لا تزيد عن ستة شهور من وقت تسجيل عقد الشراء (المادة ٢٢ من قانون الشفعة) وأباح للمشتري والبائع اخبار الشفيع بمحصول البيع (المادة ١٩ من قانون الشفعة) الا أن بقاء الحق مهدداً مدة ستة اشهر ليس بالامر الهين في مجال التعامل . وفوق ذلك فقد جرت عادة المتبايعين أن لا يخبروا الشفيع بمحصول العقد بل يتركوا أمر العلم اليه . وقد يقع كثيراً أن يطلب الشفيع بالشفعة في هذه الحالة بعد مرور ستة شهور الا قليلا . نعم ولو أنه يجوز اثبات علم الشفيع بالقرائن والشهود (المادة ٢٠ من قانون الشفعة) الا . أنه في بقاء حق الشفعة قائماً مدة ستة شهور امراً معطلا للمعاملات ومشوها للحقوق التي تنقرر بين الافراد بمحض حرية التعاقد

٤٥٢ - وأما من الوجهة الاقتصادية فلا يأتلف هذا الوضع القديم ، نظام الشفعة ، مع الادوار الاجتماعية الحاضرة . لانه بصرف النظر عن ضؤولة هذا السبب في دفع سوء الجوار «واعلاء الجدار وايقاد النار الخ ..» فإنه قد يمتثل أن تجد الصفقة في يد المشتري خاصة رواجاً من طريق تميزة العقار وبيعه قطعاً . وفي ذلك ترويج للحركة الاقتصادية وذريعة في توزيع بعض الاموال على من لا تتمكنهم حالاتهم المالية الخاصة من تملك عقارات كبيرة . ولا يخفى أن من أم مشاغل المستغلين بنظم الاجتماع في الوقت الحاضر تقرير قاعدة تتمكن بها الحكومات باستخدام طرق مختلفة من تمير أراض باثرة وتسهيل رباها ، ومن البيع بالاقساط ، لما في ذلك من رواج الحركة الاقتصادية العامة وزيادة العمران في البلاد ، وقطع

دابر من يعملون على افساد الازدهان البسيطة من خلق جو فاسد مسمم للناس
وتأميلهم بنظام شيوعي خيالى لم يتحقق ولن يتحقق لتنافره مع الطبيعة
وضرورات الحياة^(١)

٤٥٣ — ولم يكن من شأن شذوذ نظام الشفعة ومن اعتباره خرقاً لحزمة
حرية التعاقد ان أباح مقرره شرعية استخدام الوسائل والحيل في تقويتها على
الشفيع ، لم يكن ذلك فقط ، بل جرت عادة الشارع المصرى في مصر أن ضيق هو
أيضاً وسائل العمل بالشفعة وسد منافذها على السائرین فيها فأصبحت الشفعة

(١) وقد اختلف الباحثون في أمر بقاء الشفعة حقاً معمولاً به عصر أو في ضرورة إبطاله
ومحوه من عالم التشريع المصرى : رسالة فورجور ص ٥٥ — ٧٠ ويستند انصار الشفعة الى
ما يأتي : (١) للتقاليد التاريخية ، لان الاصل في حق الجيران أن تبقى الاسرة محتفظة بصيتها
ووحديتها ، فلا يرغب حيثذ في ترك الباب مفتوحاً لدخيل فيها يمزق كيانها ، باعتبار الجيران
كأئهم أفراد أسرة واحدة . (٢) للتقاليد الدينية : ان الشفعة من أوضاع رجال الفقه الاسلامى
الذين قاموا بشرح أحكام الدين (٣) المنفعة العائلية . اذ يرغب الساكن في أن لا يضايقه جار
أجنبي عنه لا يعرفه . وفي الشفعة ذريعة ذات فائدة خاصة للفلاح في توسيع أرضه الزراعية من
طريق شراء أرض الجار بدلاً من شراء أرض بعيدة عن أرضه . وقد أخذ بهذه القاعدة القانون
الاسيائى في سبيل تسهيل تكوين الثروة العقارية الصغيرة (بلائبول ج ٢ ص ١٦٤٨) . (٤)
العدالة . اذ لا ينزل بالمشتري والبائع حيف ما دام الشفيع يدفع الثمن . — (٥) ان نظام الشفعة
ضرورى تقادياً من ضرر أكبر وأبلغ . ذلك أن ابن الاسرة وقد ورث عن مورثه نصيبه الشرعى
في التركة يسارع الى تلمس المال ليصرفه في شؤون الخاصة فينتفقه المراهى ليشتري منه نصيبه
في الميراث بعضاً أو كلاه ثمن بعض . وفي ذلك ستر لربا فالحش يرغب فيه المراهى . ولكن لما
كان المراهى يعلم بأن الشفيع حق أخذ الصفقة بالشفعة فهو لا يتهاك عليها بل ويعترف النظر عنها
(فورجور ص ٧٢)

ويرى خصوم الشفعة ضرورة حذفها من التشريع المصرى للأسباب الآتية . (١) أن الشفعة
خرق لحزمة حرية التعاقد . (٢) ان الشفعة متار للاقتضية بالمحاكم . ويرى البعض الرجوع
الى مختلف المذاهب لا الى مذهب واحد لاجل تقرير أحكامها والاكتفاء فيها فقط على
حالة الملك على الشيوع (فورجور ص ٦٥ والمهامش ٣ و ٦٦) وذلك باعتبار أن الشفعة
الاسلامية ليست شرعية جامدة محمول دون السير مع أدوار الرق وتطور الجماعات (فورجور ص
٦٦ والمهامش ٢ و ٣) . (٣) ان كان للشفعة بعض المنفعة الظاهرة في قليل من الظروف الا
أن اضرارها تقدر بنافعتها . (٤) ان القول بأن لا يترتب على الشفعة نزول الحيف بالمشتري والبائع
قول في غير محله ، اذ يفوت المشتري ثمن مجهوداته في تمام صفقة ذات ظروف خاصة . (دى
هلس ج ٣ ن ٢ شفة — فورجور ص ٦٩) . (٥) ان الشفعة تزعم ملكية للمنفعة الخاصة ،
وهي تحكى قوة تزعم الملكية للمنفعة العامة

أبغض الحقوق عند الشارع . فان أقرها الشارع المصرى فأتما يقرها باعتبارها نظاما شرعياً قديماً . ولكنه صبغه بصبغة مدنية وأخضعه لكثير من الاصول القانونية المقررة فى القانونين المدنى والمرافعات ، وقيدته بقيد يصح معه القول باحتمال زواله اذا عول الشارع الحاضر على وضع القوانين المصرية وضعاً جديداً يلتم والنظام الاجتماعى الحاضر

٤٥٤ — وعلى ذلك نرى تقرير ما يأتى :

(١) ان حق الشفعة ولو أنه نظام شرعى بحسب ما أنه قد اصطبغ بعد سنه فى القانون المدنى المصرى أولاً وفى قانون خاص ثانياً بصبغة مدنية . ولذا يجب الرجوع فى تقرير أحكامه المدنية الى الاصول القانونية الحاضرة بحيث لا يصح الرجوع الى أقوال الفقهاء فيه فى الازمان الغابرة

(٢) ان حق الشفعة حق مكروه . وعلى ذلك ان صح القول بضرورة مضايقته فى مجال العمل والاخذ فيه بنفس الروح التى جرى عليها الشارع وعلى الاخص فى وضع القانون الخاص بالشفعة ، الا أنه يجب مع ذلك ضرورة اعتباره حقاً من الحقوق المقررة قانوناً بمعنى أنه لا يصح خرق الاصول القانونية الحاضرة ذريعة الى مضايقة حق الشفعة بالذات (كما سترى ذلك فى ربط الشفعة بقانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ أهلى ومختلط)

(٣) ان القوانين المسنونة الآن سواء كانت قوانين مجموعة^(١) أو قوانين خاصة كقانون الشفعة ، هى القوانين التى يجب الرجوع اليها حتماً فى تفسير حق الشفعة . ولا يصح مطلقاً الاخذ فيه بقاعدة فقهية قديمة بينما الاصول القانونية الحاضرة طامعة فى الخلاف^(٢) وعلى ذلك يصبح حق الشفعة حقاً شرعياً فى أصله ولكنه

(١) Codes (٢) مجمع القضاء ج ٢ ص ٢٣٧ ن ١١٦٢ وص ٢٣٨ ن ١١٦٥ فيما يتعلق بعدم جواز شرعية الحيل فى الشفعة لانها مطلقة لحق قرر مدنياً ومؤيداً بالأحكام المدنية العامة — ص ٢٣٨ ن ١١٦٦ و ١١٦٧ و ١١٦٨ فيما يتعلق بعدم اعتبار ترك قطعة أرض صغيرة بين المقارين المشفوع والمشفوع به حائلاً دون الشفعة — عكس ذلك مجمع القضاء ص ٣٣٢ ن ١١٣٣ و ١١٣٤ فيما يتعلق بنفس أحكام قانون الشفعة وسكونه فى بعض الاحوال . اذ يقرر هذا القضاء ضرورة الرجوع لاحكام الشريعة الاسلامية

مدنيا في حاضره . أى أنه قد تجنس الآن بالجنسية المدنية الحاضرة بعد أن خلع عنه جنسيته الشرعية القديمة ؛ لذا يلزم أن تكون القوانين الحاضرة هي المناط الوحيد في تقرير أحكامه ، ولا بأس من الرجوع الى جنسيته الاولى في ايضاح غامض وتفسير منفلق

(٢) لمحة في التشريع للشفعة

٤٥٥ — الشفعة كما قلنا وضع من الاوضاع الشرعية . وكان يرجع في تقرير أحكامها الى كتب الفقه الشرعى قبل سن القوانين المصرية في مجموعات خاصة . ورأى مونورى ^(١) واضع القوانين المختلطة سنة ١٨٧٥ ان يسن لها مواداً تقر ذلك النظام (المواد ٩٣ — ٩٩ مدنى والمادة ٧١٩ مرافعات) ورأى موريوندو ^(٢) واضع القوانين الاهلية سنة ١٨٨٣ أن يختصا بمواد خاصة بها أيضا (٦٨ — ٧٤ مدنى) ولكن لما كانت هذه المواد قليلة وشاع أمر الشفعة عند ما تقدمت البلاد في طريقها الاقتصادى وشعرت المحاكم بنقص هذه المواد رأى الشارع المصرى ضرورة التدخل فى الامر فوضع قانونا خاصا بالشفعة فى ٢٣ مارس سنة ٩٠١ للمحاكم الاهلية وفى ٢٦ مارس سنة ٩٠١ للمحاكم المختلطة . وبرغم ما صرفه الشارع من الجهد فى وضع هذين القانونين وضعا محكما ، الا أن العمل دل أيضا على نمو الحركة الاقتصادية وأن الخلاف لا زال قائما فى أهم مسائله . وكان لتقرير نظام الدوائر المجتمعة بالمحاكم المختلطة سنة ٩٠٦ وبالمحاكم الاهلية سنة ٩٢٣ أثرأ ظاهراً فى وضع حد لما قام من الخلاف فى أحكام القضاء بشأن بعض مسائل الشفعة

ويقرب من حق الشفعة حق استرداد المبيع فى الشيوخ . وقد تقرر بالمواد ٥٦١ و ٥٦٣ مدنى مختلط والمادة ٤٦٢ مدنى أهلى . ولما كان هناك شبه قائم بين الاثنين ولم يتعرض قانونا مارس سنة ٩٠١ لحق الاسترداد هذا ، فقد أصبح

الخلاف قائماً في بيان حدود هذا الحق وفي بيان ارتباطه بالشفعة . لذا نرى من اللازم أن نردله فصلاً في نهاية الشفعة

(٣) في تقسيم موضوع الشفعة

٤٥٦ - نرى تقسيمه الى الاقسام الآتية : (١) قسم يتعلق بالشفيع بالذات (٢) وقسم يتعلق بالمشفوع منه - (٣) وقسم يتعلق بالمشفوع فيه والشفوع به - (٤) وقسم يتعلق بالاجراءات القضائية - (٥) وقسم يتعلق بنتائج الحكم بالشفعة

(٤) في الشفيع

١ - حق الشفعة لدى الشفيع

٤٥٧ - الشفعة قرينة قانونية . حق الشفعة حق يملكه الشفيع اذا توافرت أركان الشفعة وشروطها . ولما كان الاصل القديم في المعروف في شرعيتها رفع ضرر الجوار ، فهل يترتب على ذلك التجويز للمشفوع اثبات انتفاء الضرر لدى الشفيع ؟ يرد القضاء بالسلب ^(١)

وعلى ذلك يعتبر توافر شروط الشفعة قرينة على حصول الضرر ، وهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلاً عكسياً ^(٢)

٤٥٨ - المضاربة بالشفعة . ولكن هل يترتب على انها قرينة قانونية لا تقبل دليلاً عكسياً أنه اذا ثبت من ظروف الدعوى أن الشفيع يرعى بالشفعة الى المضاربة وكسب المفاتيح من ورائها ، هل يترتب على ذلك رفض دعوى الشفعة ؟

(١) استئناف ١٢ ديسمبر سنة ١٩٩٩ م ر ٢٠١ ص ١٤٢ - كلى ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ، ١ ص ٣٤٠ رقم ٦١ مجمع القضاء ص ٣٣٦ ن ١١٠٤ و ١١٠٥ - على أن القضاء يرى من طريق آخر بأنه لا شفعة اذا ثبت عدم حصول ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان البيع بين أفراد عائلة واحدة والمشتري مجاور لسكن منهم من قبل : مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ ح ١٤ ص ٦٦ (٢) présomption légale juris et jure

أجاب القضاء بالإيجاب اذا اتفق الشفيع مع أجنبي على أن يدفع له هذا الاخير الثمن في مقابل أن يأخذ جزءاً من العقار المشفوع فيه ^(١) وأجاب بالسلب فيما اذا كان الشفيع قد اعترم على بيع العقار المشفوع فيه الى آخر ^(٢) وربما كان في قرار القضاء بالإيجاب انما يرمى الى اعتبار حق الشفعة حقاً شخصياً وفقاً على شخص الشفيع فلا يصح للغير المطالبة به بدلاً عن الشفيع بالذات . ولعل في اتفاق الشفيع مع الغير على أن يدفع هذا الغير الثمن في مقابل أن يأخذ العقار كلاً أو بعضاً ، معنى تنازل الشفيع عن حقه وتقريره للمتنازل اليه . والشفعة لا تقبل التنازل لانها حق شخصي خاص بشخص الشفيع حتى قيل بعدم جواز التوارث فيه

٤٥٩ - في وصف حق الشفعة : هو حق شخصي بالنسبة للشفيع بالذات . أى ان حق الشفعة شخصي عيني ، شخصي بالنسبة للشفيع وعيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه . ولذا سماه دى هلس حقاً شخصياً في الشيء ^(٣) وهو حق عيني عقارى بالنسبة للعقار المشفوع فيه . ويترتب على كونه حقاً عينياً عقارياً ولو

(١) كلى ٢٦ نوفمبر سنة ٩٨ ح ١٤ ص ٦٦ — استئناف ٢ يناير سنة ١٩١٢ م د ١ ، ١٣ ص ٦٢ رقم ٢٣ — استئناف ١٠ فبراير سنة ٩٢ م ت ق ، ٤ ، ١٣٤ — ٣١٣ ، ١٠ — ٢٦١ ، ١٥ — ٢٨٦ ، ٢٨ مرجع ص ٣٣٠ ن ١١٤٩ و ١١٥٠ — ح ٢٤ ص ٢٦٩ ن ٢٨٣٤ — ج ١ ص ٢٥٣ ن ٣١٧٠ ، أى اذا كان الشفيع مسخر من الغير — ج ١ ص ٢٥٣ ن ٣١٧٢

(٢) ٢٣ مارس سنة ٩١١ ، ٢٣ ، ٢٣٧ — ج ٢ ص ٢٦٩ ن ٢٨٣٧ لان الشفعة في ذاتها مضاربة اذ يستحيل أن يخرج عن كونها ترى الى تقرير منفعة للعقار المشفوع به وللشفيع : ج ٢ ص ٢٦٩ ن ٢٨٣٨ و ٢٨٣٩ اد لا يجوز اقتضاء أن يقرر من عنده أسبابا لسقوط الحق المقرر بالقانون لان ذلك يخالف لقواعد البدالة والقانون الطبيعي . وعلى ذلك لا يجوز رفض الشفعة لان الشفيع يرى الى الكسب من ورثتها but de lucre ج ٣ ص ٤٠١ ن ٤١٨٩ اذ المضاربة وغروعة طالما لم يحظرها القانون — وتصح الشفعة حتى ولو ثبت عسر الشفيع واستفيد من ذلك من طريق الاستنتاج ان الشفيع مسخر من الغير prêle-nom ج ٣ ص ٤٠١ ن ٤١٩٠ (ولعل مثل هذا الحكم هو الذي جعل صاحب مجمع القضاء يقول باختلاف الرأي في القضاء المختلط مع أنه لا خلاف كما ترى)

(٣) Droit personnel ad rem — ج ٢ ص ٢٢٠ ن ٦

انه لم يرد ضمن الحقوق المعدودة بالمادة ٥ مدني) ان له حق التبع وحق الاولوية ويراد بالتبع ان للشفيع حق طلب العقار من يد من تملك العقار من المشفوع ضده . أما تختلف اجراءات الدعوى فيما اذا كان قد سجل الشفيع اذار الطلب بالشفعة أم لا . فان سجل فلا يلزم الا بمقاضاة المشتري السابق على التسجيل (المادة ٩ من قانون الشفعة) وأما اذا سجل المشتري من المشتري بعد تسجيل اذار الشفعة فلا يلزم الشفيع بمقاضاته باعتباره خصما في دعوى الشفعة ، أما يجوز له ان يقاضيه باعتباره خصما طائفاً لا يلزم قبله بقيود الشفعة . ويراد بحق الاولوية ان الشفيع أحق بالعقار من أى شخص آخر اكسب حقاً عينياً على العقار (المادة ١٢)

وهو من الحقوق الاستثنائية التي قررها القانون استثناء . وفيه تعد على الحق المقرر للمشتري . لذا أخذ الشارع بخطة التضييق في تقرير أحكام الشفعة فقررها لها قواعد وأحكاما مصبوغة بصبغة الشدة وعمل على مضايقة الشفيع في الاخذ بها حتى لا تعطل المعاملات بين الافراد من جراء هذا الحق ، اذ عقد المشتري كما قلنا يعتبر في ذاته عقداً معلقاً على شرط من حيث انتقال الملكية انتقالاً نهائياً ، وذلك حتى يفوت الوقت المضروب قانوناً على الشفيع فتستقر الملكية بطريقة نهائية في يد المشتري

٤٦٠ من الشفعة غير قابل للتجزئة : لما كان حق الشفعة حقاً مقيداً لحقوق الغير وجب في تفسيره عدم الخروج عن النصوص المقررة له ، مع الاستعانة بالاحكام القانونية العامة . ومما تجب ملاحظته في الاخذ بحق الشفعة انه لا يجوز الاباحة للشفيع بأن يأخذ الجزء اللازم له من العقار المشفوع وترك الباقي ، بل يجب عليه ان يشفع في العقار كله ، والا يسقط حقه . وعلى ذلك يعتبر حق الشفعة حقاً غير قابل للتجزئة ^(١)

واذا فرض وبيعت جملة عقارات صفقة واحدة ^(٢) ومنفصلة عن بعضها البعض

فلا تجوز الشفعة الا في العقار الجامع لشروط الشفعة^(١) ويقدر ثمنه خبير . ولكن اذا تبين بأنه برغم هذا الاتصال فإن هناك رابطة معنوية اقتصادية هامة تربط المقارات بحيث اذا قصر حق الشفعة على البعض دون البعض الآخر لتعطل استقلال العقار المشفوع ، لفصله عن المقارات الاخرى التي تغذيه وتمده ، جاز في هذه الحالة للشفيع ان يشفع في المقارات جميعها بما يتفق مع مصلحة العقار المشفوع^(٢)

واذا كان العقار المشفوع مجاوراً لعقار الشفيع وجب على هذا الاخير ان لا يشفع الا فيه بتمامه حتى ولو فرض وان العقار مكوناً من حلة قطع مختلفة كانت مملوكة لملاك كثيرين وتوحدت ملكيتها الاك في يد المشفوع منه ، مادام ان التجاور قائم بين هذه القطع^(٣)

واذا كان العقار المشفوع أرضاً زراعية وبها مبان مبيعة صفقة واحدة مع الارض ولم تكن للشفيع مصلحة ظاهرة في أخذ البناء مع الارض ، وجب مع ذلك ان لا يشفع الا في الكل أرضاً وبناءً^(٤)

واذا كان العقار المشفوع قد بيع لجملة مشترين مقسوما بينهم فلا تجوز الشفعة فيه الا بتمامه . وأما اذا تعينت حصة كل واحد منه بأن أصبحت مفرزة ، كان الشفيع بالخيار ، ان شاء شفع في العقار كله أو شفع في بعض الانصبة (المادة ١١)^(٥)

والشفعة حق عقارى ، حيث لا ينصب الا على العقار ، اذ لا شفعة في المنقول

٤٦١- من الشفعة وورثة الشفيع : فلنا ان حق الشفعة حق شخصي

خاص بشخص الشفيع فيما يتعلق بالمطالبة بالشفعة . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز له التنازل عنه للغير ليطالب به بدلا عنه ، ولذا حرمت عليه المضاربة به فيما اذا أراد استخدام هذا الحق ليصيب من ورائه مغباً من وراء الاتفاق مع الغير على

(١) ٥ ابريل سنة ١٨٠٣ ، ١٨ ، ١٨٦ (٢) دى هلس ج ٣ ص ٢٥٤ ن ٦٥

(٣) دى هلس ص ٢٥٥ ن ٩٦ (٤) ١٥ مارس سنة ١٨٠٦ ، ١٨ ، ١٥٤

(٥) دى هلس ص ٢٥٥ - ٢٥٧ ن ١٠٠ - ١٠٢

هذا الحق ^(١) الا أنه اذا قضى بالشفعة فالشفيع حر في عقاره المشفوع يتصرف فيه كيف شاء دون أن يكون مقيداً بزمن ^(٢) ولكن هل يترتب على شخصية هذا الحق بالنسبة للشفيع أن يظل الحق عالقاً به فقط دون غيره طالما كان حياً يرزق، بحيث اذا مات ولم يتحقق هذا الحق بالحكم بالشفعة له في حياته، فلا ينتقل الى ورثته، أى لا يعتبر حقاً من حقوق التركة يتوارثها خلفاؤه العامون؟

قرر القضاء المصرى في ذلك رأيين. رأى يقول بعدم جواز التوارث في الشفعة، ورجع فيه الى ما قرره أئمة الشريعة وفيهم الامام الاعظم ومريدوه. وأما علماء مذهب الامامين مالك والشافعى فاتهم قرروا العكس، وقاعدتهم أن من مات عن حق فوارثه يقوم مقامه فيه ^(٣) ويرتب القضاء على عدم جواز التوارث في الشفعة انه لا يصح التوارث بعد اقامة دعوى الشفعة وقبل الحكم فيها ^(٤) أما اذا حكم بالشفعة فيصبح الحق ملكاً للورثة يتوارثونه في التركة

وقضاء يقول بجواز التوارث في حق الشفعة. وحيث أنه وقد سكت قانون الشفعة عن الارث فيه، وما دام حق الشفعة حقاً مدنياً، فلا بد من الاخذ فيه بالقواعد العامة المقررة في القانون، وهى تقضى بنقل حقوق الموروث الى ورثته ^(٥)

وأما وقد قررنا في تمهيدنا للشفعة انها حق مدنى محكوم بالاصول العامة للقانون المسنون فانا نؤيد المذهب الثانى وهو جواز التوارث في الشفعة، برغم أن الشفعة من الحقوق الممقوتة

ويجوز للبائع ان يشفع في العقار اذا باعه المشتري وتوافرت شروط الشفعة عند البائع الاصلى، اذ يعتبر شفيعاً حتماً ^(٦)

(١) كما اذا كان الشفيع لا يستطيع دفع الثمن فينتفى مع الغير على الدفع بشروط خاصة : مجمع القضاء من ٣٣٥ ن ١١٤٩ و ١١٥٠ — و من ٣٣٥ ن ١١٤٨ فما اذا تواطأ الشفيع مع الغير ثم تنازل الشفيع فلا يجوز للغير مطالبة الشفيع بتسويش، باعتبار أن التعاقد طسده لفساد سببه (٢) مجمع القضاء من ٣٣٢ ن ١١٢٥ (٣) استئناف ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ ح ٩ ص ٦١

(٤) مرجع من ٣٣٣ ن ١١٤١ — ١١٤٣ و ١١٤٦ و ١١٤٧

(٥) مرجع من ٣٣٥ ن ١١٤٢ (٦) ج ٢ ص ٢٦٦ ن ٢٨٣٢

٢ - في عقد الشفع

٤٦٢ - لا يشفع الشفع الا اذا أثبت أنه مالك سواء كان ملكه مفزراً معيناً أو شائعاً. ويجب عليه اثبات ملكيته. وتثبت ملكيته اما بغير عقد كالتقادم والارث واما بمقد كالوصية والهبة، وعقود التملك العادى. ويجب أن يكون عقد تملكه سابقاً على عقد الشراء

٤٦٣ - في أسبقية عقد الشفع على عقد المشفوع ضده : لا يتقرر حق الشفعة الا اذا كان هذا الاخير مالكا للعقار المشفوع به قبل تملك المشتري للعقار المشفوع فيه . وعلى ذلك يجوز للمشتري مطالبة الشفع باثبات هذه الاسبقية . ولكن هل يعتبر المشتري من طبقة الغير الذين يستفيدون من المادة ٢٢٩ مدنى الخاصة بتعيين أحوال اثبات التاريخ بحيث يجب على الشفع أن يثبت تاريخ عقده بالطرق المعينة تعييناً محدداً بالمادة المذكورة ، أم هو حر في اثبات اسبقية عقده بجميع الوسائل القانونية ؟ يميل القضاء والفقه الى عدم التقيد بالاحوال المعينة بالمادة ٢٢٩ ويكتفى باثبات أقدمية العقد بأى طريقة ما . وليس من الضروري تسجيل العقد ليكون حجة على المشفوع ضده^(١) هذا بالنسبة للقانون المدنى المعروف قبل صدور قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ و ١٩ سنة ١٩٢٣ . أما بعد صدور هذا القانون فلا بد أن يكون الشفع مالكا للعقار الذى يشفع به ، ولا يكون كذلك الا اذا كان عقده مسجلاً ، لان التسجيل وحده هو الذى ينقل الملكية ، لا مجرد رضا الماقدين (المادة الاولى من قانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣) واذا سبق وحرر عقده قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهو ابتداء العمل بقانون التسجيل ، وجب اثبات تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (المادة ١٤ من قانون التسجيل) حتى يكون العقد حجة على المشفوع ضده طبقاً لاحكام القانون المدنى

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٧٩ ن ١٥٣ - قصى زغلول باشا ص ٨٩ ، مرجع ص ٣٣٦

وعلى ذلك ومن طريق الاستنتاج المنطقي البحث اذا شفع الشفيع بمقد لم يتسجل بعد فلا تقبل دعواه في الشفعة لانه ليس مالكا . ولكن ألا يصح الاعتراض على هذا الرأي طبقا لما قررناه بشأنه نظرية الهلاك وقانون التسجيل في أن البيع قبل التسجيل ولو أنه غير نافذ للملكية الا انه يبيع فيه مشتر وبائع بواجبات وحقوق ، وان الهلاك على المشتري بعد تسليم المبيع اليه . برغم اعتبار البائع لا زال مالكا ؟ وهل ينفع حينئذ هذا الاعتراض فيجوز للشفيع أن يدعى بأنه مشتر مثلا للعقار المشفوع به ولو أن عقده لم يتسجل بعد ، الا أنه مشتر على كل حال وانه عند ما يسجل عقده يعتبر مالكا لا من وقت التسجيل بل من وقت الشراء ، أى ان التسجيل أثر رجعي في نقل الملكية فيعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت التسجيل ، وعلى ذلك تصح تصرفاته في العقار قبل التسجيل . اذا أخذنا بما قررناه بشأن الهلاك وقانون التسجيل ، وأخذنا بنظرية جواز الاخذ بالشفعة في العقود الشرطية فيما اذا كان عقد المشفوع ضده معلقا على شرط^(١) وأخذنا بما سنقره بعد بصحة دعوى الشفعة في حالة عدم تسجيل عقد المشفوع ضده^(٢) اذا أخذنا بذلك كله ترجيح لدينا القول بجواز صحة دعوى الشفعة اذا كان عقد للمشتري لم يتسجل بعد .. وعلى ذلك اذا تسجل العقد تأيدت الشفعة واذا لم يتسجل سقطت الشفعة وسقط ما ترتب عليها من اجراءات وأحكام . والحكم الذي يصدر في هذه الحالة يعتبر حكما معلقا هو الآخر على شرط ، وحكمه حكم العقد ، يزول أو يتأبد بعدم تحقق الشرط أو تحققه . كل ذلك لان العقود الشرطية ، والاحكام المؤبدة لها أيضا باعتبارها أحكاما شرطية ، عقود صحيحة قانونا ومنتجة لنتائج قانونية . أليس الفارع قد

(١) ويقول هذا دى هلس ج ٣ ص ٢٢٤ ن ١٥ بالاجاب ، وتحتى باشا زغلول بالسلب ص ٨٣ (٢) بما أيدناه به حكم المنصورة الجزئية في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٥٠٦٩١ ص ٢٦١ ، م ٢٦١ ، ١٩٢٤ م ٨٢ عدد ٤٦ وحكم استثنائي محكمة أسبوط في ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المجلة قضا رقم ٤٦ أيضا برغم ما قرره حكم محكمة مصر الكلية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ، مجلد ٥ ص ٣٣٣ رقم ٢٩٥

اعتبرها كذلك في حالة بيع الوفاء فقرر صحة التصرفات الحاصلة من المشتري قبل الرد وعند عدم حصول الرد كما انه قرر عدم تقاذف تصرفات المشتري اذا حصل الرد في ميعاده؟ (المواد ٣٤٠ و ٣٤٥ مدني) وان قيل بأن حق الشفعة حق مكروه من الشارع ويجب تضييق السبل أمامه، لورد على ذلك أنه قد أصبح حقا مدنيا كبقية الحقوق المدنية له حق الاستفادة بأحكام القانون المدني كما أنه خاضع لها أيضا، أي تسرى عليه هذه الاحكام في ايجابها وسلبيها

٣ - في مستقطات الشفعة

٤٦٤ - يسقط حق الشفعة بواحد من اثنين . اما بالتنازل عنه ، واما بعدم القيام بالاجراءات المقررة له

١ - سقوط الشفعة بالتنازل

٤٦٥ - والتنازل عن حق الشفعة اما ان يكون صريحا واما ان يكون ضمنيا . وقالت في ذلك المادة ١٩ ما يأتي : يسقط حق الشفعة ^(١) في الاحوال الآتية : أولا - اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا ^(٢)

في التنازل الصريح : والتنازل الصريح هو ما قطع فيه الشفيع بترك حق الشفعة . ولا بد في اثباته ضد الشفيع بالكتابة اذا كانت قيمة العقار المشفوع تزيد عن ١٠ جنينيات ^(٣) ويؤخذ بالتنازل الصريح في أي وقت لنهاية يوم الحكم ^(٤)

٤٦٦ - في التنازل الضمني : والتنازل الضمني «... كل عمل أو عقد ^(٥) يؤخذ منه ان الشفيع عرف المشتري بصفة مالك العقار نهائيا ^(٦) أو هو كل عمل ^(٧)

(١) Renonciation expresse ou tacite (٢) Ne peut plus être exercé

(٣) استئناف ٧ مايو سنة ١٨٩٥ ح ١٠ ص ٢٠٢ - استئناف ٢٦ يناير سنة

١٩٠٥ م ث ق ، ١٧ ، ١٠٢ - الاستقلال ٤ ص ٤٤٨ رقم ٤٧١ - مرجع ص ٣٧٤

عدد ١٣٤٣ (٤) قضي باشا زغلول ص ٨٧ - دي مجلس ج ٣ ص ٢٧٨ ن ١٥٠

(٥) Sont acte (٦) Propriétaire définitif (٧) Acte

أى عمل مادي^(١) يستفاد منه ضمناً أن الشفيع قد عرف المشتري بصفة مالك لامتياز المبيع ملكاً نهائياً^(٢). والامثلة في ذلك كثيرة ترجع لظرف كل دعوى على حدة^(٣) ويثبت هذا التنازل الضمنى بجميع أوجه الاثبات. وتقول في ذلك المادة ٢٠ ما يأتى: «يجوز اثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة في القانون بما فيها الاثبات بالبينة».

أحكام التنازل: اذا حصل التنازل الصريح أو الضمنى عن المطالبة بحق الشفعة صحح التنازل وسقط حق الشفعة عن صاحبه. وقد لاحظنا في أحكام القضاء المصرى فيما يتعلق بالتنازل الضمنى ان هذا القضاء لا يعتبر تنازلاً عن حق الشفعة ما يصدر من الاعمال والافعال من جانب الشفيع بما يشير ضمناً الى انه لا يريد الانتفاع بحق الشفعة. مثلاً قرر القضاء أن رفض الشفيع الشراء من البائع لا يعتبر تنازلاً عن حق الشفعة فيما اذا باع البائع العقار لمشتري^(٤) كما أنه قرر أن مساومة الشفيع في الشراء لا تعتبر تنازلاً منه عن الشفعة^(٥) وحجة القضاء في ذلك «أن العلم الموجب استقوط حق الشفعة إنما هو الحاصل بعد حصول البيع، إذ أن حق الشفعة يتولد من هذا البيع، فأعراض الشفيع عن حقه قبل تولده لا يؤثر عليه بعد تحققه»^(٦).

أما عن اعتبار هذا العمل السلبى من جانب الشفيع قبل ظهور حق الشفعة من الاعمال الدالة على التنازل الضمنى، فهذا صحيح لا غبار عليه. لان رفض الشفيع قبل أن يصبح بالفعل شفيعاً لا يستفاد منه بطريقة قاطعة انه تنازل عن حق الشفعة. ولا يعتبر ذلك تنازلاً ضمناً عن حق الشفعة. لان الشفيع ان رفض

(١) Fait matériel (٢) استئناف ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ المتقدم (٣) استئناف ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ر ٣، ١ ص ٤٤ رقم ١٥ — استئناف م ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ت ق، ٣٣، ٢٢٧ — قسحى زغلول م ٩٧ — فورجور م ٥٢ (٤) منفلوط الجزئية في ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ر ١٦، ١ ص ١٥٣ رقم ٩٣ — استئناف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ر ١، ٢٣ ص ١٥٥ رقم ١٠٠ — استئناف م في ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ت ق، ١٤، ٣١٢ (٥) مظار الكلية في ٢٥ ابريل سنة ١٩٢٠ م، ١ ص ١٥٢ رقم ٢٦ (٦) حكم ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ السابق

الشراء اليوم من البائع لعسر نزل به أو لأى سبب آخر فلا يحول ذلك دون تمتعه بحق الشفعة عند ما يظهر حق الشفعة ويولد بالفعل من طريق تمام البيع بين البائع والمشتري الجديد غير الشفيع

٤٦٧ — وأما تعليق بقاء حق الشفعة على اعتبار أن التنازل عن حق لا يصح الا عند وجود هذا الحق بالفعل والواقع فهذا لا نقره . وما الحكم حينئذ في التنازل الصريح الذى يؤخذ على الشفيع قبل ظهور حق الشفعة ، كما يحصل عادة في الشركات التى تشتري الاراضى وتقسّمها قطعاً وتبيعها كذلك بالتقسيت أو بغير التقسيت ثم تشتري على كل مشتراً أنه لا يطالب بالشفعة في الارض المجاورة له ، وأنه يتنازل وقت شرائه عن المطالبة بالشفعة في القطعة التى تباع فيما بعد وتكون مجاورة له ؟ فهل مثل هذا الشرط صحيح أم باطل ؟ لا نرى محلاً للقول ببطالان الشرط وعدم صحته . بل نقول بصحته . نعم ولو أن حق الشفعة لم يظهر وقت الاشتراط بعدم التمسك به ، ولم يكن التنازل عنه حاصلًا وقت وجود الحق بالذات ، لانه لا يوجد قانوناً الا بالبيع ، الا انا لا نرى ما يمنع التنازل عن حق سيظهر فيما بعد ، بينما أركان الحق ظاهرة بحيث لا تخفى على الشفيع ، اذ يرى العقار الذى سيكون مشفوعاً ، ويرى شروط الشفعة لديه من جوار أو حق ارتفاق وغير ذلك . وانما الذى ينقص فقط انما هو البيع ، أى العملية القانونية التى تنصب على العقار المشفوع . وهل في بيان أركان الشفعة هذه وضوحها لدى الشفيع ، مع عدم حصول البيع فقط ، تجهيل على الشفيع حتى يقال بأن تنازله صادم حقاً مجهولاً لا يعرف له حد ولا قدر ؟ نظن لا . ونرى القول بصحة الشراء . وانه لو قيل العكس لتعملت افعال هذا النوع من الشركات الذى ذكرناه ، فلا يقبل الناس على شراء قطع الاراضى خوفاً من شفعة الشفعاء . وفي ذلك ما يحول دون ترويج نقل الملكية في العقارات من يد الى أخرى

٤٦٨ — واذا تقرر حق الشفعة بالفعل والواقع وحصل عنه التنازل في مقابل مبلغ تقاضاه الشفيع صح التنازل . ولا يجوز لمن دفع حق استرداد مادفعه^(١)

ونرى صحة عقد التنازل وعدم جواز حق الاسترداد ، اذا حصل التنازل قبل اجراء عملية البيع كما ذكرنا

٦٩٤ — واذا طالب الشفيع بالشفعة ورفع الدعوى فعلا فهل يجوز له التنازل بعد ذلك عن الشفعة أى التنازل عن الدعوى ؟ ان دعوى الشفعة من قبل الشفيع لم تخرج عن كونها عرضاً من الشفيع بأخذ العقار بالشفعة . فاذا أجاب المشفوع منه بالقبول تم العقد واستحق الشفيع العقار . واذا لم يتم العقد بان رفض المشفوع منه اعطاء الشفيع العقار بالشفعة رفعت الدعوى وظلت قابعة حتى يحكم فيها . وما دام ان الدعوى عرض فلصاحب العرض سحب عرضه ، أى التنازل عن الدعوى دون أن يكون في هذه الحالة مانزماً بأى شئ ، ما قبل المشتري ، طالما ان هذا الاخير لم يقبل العرض المعروض عليه ^(١) . أما اذا قبله بان جاء المشتري باحدى جلسات الدعوى ورضى تسليم العقار للشفيع ، أو جاء وأخبر الشفيع خارجاً عن اجراءات الدعوى بورقة رسمية على يد محضر أو بورقة عرفية وصلت فعلا ليد الشفيع بما يفيد قبوله ، اذا حصل ذلك فلا يستطيع الشفيع بعد ذلك سحب عرضه . لان عرضه صادف قبولاً من المعروض عليه وهو المشتري . وبوجه عام يجوز لصاحب الدعوى التنازل عن الدعوى بالذات أو بالتنازل عن الحق المؤيد بالدعوى . وللمدعى في أى وقت الحق في التنازل اما بورقة رسمية تعطى للمدعى عليه على يد محضر ، أو بما يقرره أمام المحكمة شفهيًا أو بما يودعه بمذكراته التحريرية المعروفة قانوناً لدى الخصم (المادة ٣٠٥/٣٤٨ مرافعات) ^(٢)

(١) بنى سؤيف الكلية أول مارس سنة ١٩٢١ المحللة ٢ من ٢٨٤ رقم ٩١ . — استئناف

٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحللة ٢ من ٣٢٨ رقم ١٠٥

(٢) مع ملاحظة العبارة العربية النامضة بالنس العربي وهي « أو ذكره في تقرير منه » والظاهرة بالنس الفرنسي *consignée dans des conclusions* . — وقد لوحظ في عالم العمل عند ما ارتفعت أثمان الاقطنان سنة ١٩١٩ — ١٩٢٠ ارتفاعاً غير عادي وارتفعت معها أثمان الاشياء العقارية والمنقولة ، والارتفاع غير المادي أمانة الازمة وانذار يقرب نزول الضائقة ، تتأثر الشفعاء على المطالبة بالشفعة وامتلات جداول القضايا بالمحاكم بقضايا الشفعة . وناجيات الازمة سنة ١٩٢١ وقت ظاهرة اقتصادية ففة نمت على مبلغ أثر الازمة في أموال الناس وما ترتب عليه

وفي هذه الاحوال جميعها ، لا يجوز للمشتري التمسك بتسليم العقار للشفيع بالشفعة ، لان رضائه في هذه الحالة لم يصادف عرضاً دائماً ، لان العرض قد زال بالتنازل عن الدعوى أى بسحب العرض . أما اذا أراد المشتري قبول تسليم العقار بالشفعة فما عليه الا أن يظهر رغبته في ذلك ويخبر بها الشفيع عن طريق رسمي بورقة تعان له على يد محضر أو بما يبدية أمام الجلسة شفيعاً أو بما يقرره بمذكراته التحريرية المعروفة قانوناً لدى خصمه الشفيع . فإذا لم يفعل ذلك وفعله الشفيع صح تنازل هذا الأخير . وكذلك يصبح تنازل الشفيع اذا قام بأجراءات التنازل القانونية قبل قيام المشتري بها . وعلى كل حال يصبح العمل ذا أثر قانوني صحيح اذا حصل قبل حصوله من الخصم الآخر^(١)

٤٧٠ — هذا واذا تنازل الشفيع للمشتري الحاضر عن المطالبة بحق الشفعة فان ذلك لا يفيد انه تنازل عن حق الشفعة فيما اذا باع هذا المشتري العقار للغير^(١)

من الانكماش المالي . ذلك انه لا كان العقار المشفوع قد بيع وقت الرضاء بشن عال وشفيع الشفيع اذ ذلك وهو لا يابيه لنلو الثمن ، ثم رفض المشتري تسليم العقار بالشفعة لانه ليس في حاجة للمال لتزادته في أيدي الافراد ، ثم نزلت الضائقة فجأة تفزع لها للشفعاء وأخذوا يسألون على سحب مبالغهم المودعة أمانة لثمة المشتريين وهي أمان الصفقات ، واستعانوا بالمادة ٣٠٥ / ٣٤٨ . رافعات المتقدم ذكرها . ومن جهة أخرى اضطرب جمهور المشتريين ورغبوا في الصل على اظهار رغبتهم في قبول تسليم العقارات بالشفعة أى قبول العرض المروض عليهم ، واستعانوا في ذلك أيضاً بالمادة ٣٠٥ المذكورة . ولما كان النص العربي لمادة خامساً في عبارته « أو ذكره في تقرير منه » ولم يفكر الكثير في الالتجاء للنس الفرنسي ظن بعض الناس ان المراد بهذه العبارة ان يحصل التنازل باقرار بقلم كتاب المحكمة ويودع في الدعوى . وهذا خطأ جسيم ترتب عليه ان من التفت الى القواعد العامة والى النص الفرنسي وأعلن تنازله ان كان شفيعاً أو قبوله ان كان مشترياً ، بورقة على يد محضر ، أو بالجلسة الشفعية ، قبل خصمه ، صح عمله قانوناً . ومن غرائب أثر المادة ٣٠٥ المذكورة ان المحصوم الذين لم يستطيعوا القيام بإعلان الرغبة بورقة على يد محضر قبل الجلسة المحددة لنظر دعوى للشفعة ، كانوا يتأثبون بالجلسة حتى يسارع كل منهم في ابداء رغبته قبل الآخر بالجلسة والمحكمة منعقدة

(١) استئناف ٣٢ يناير سنة ١٩٠١ م ق ، ١٣ ، ١٠١ ، م ، ر م ، ٢٦٠ ، ١٢٥

ب - سقوط الشفعة بسبب عدم القيام

بالاجراءات القانونية

٤٧١ - هناك حالتان :

الحالة الاولى : عدم اظهار الرغبة في ظرف ١٥ يوماً وعدم رفع الدعوى في ظرف ٣٠ يوماً . اذا لم يظهر الشفيع رغبتة في الاخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوماً من وقت علمه بتمام البيع أو من وقت انذاره ولم يرفع الدعوى بالمطالبة بحق الشفعة في ظرف ٣٠ يوماً من وقت عرضه للثمن على المشتري والبايع سقط حقه في الشفعة (المواد ١٩ و ١٥) وزى ان هذه المدد مدد سقوط ^(١) وليست مدد تقادم ^(٢) وسنشرح ذلك في مكانه عند التكلم على اجراءات الشفعة

٤٧٢ - الحالة الثانية : سقوط حق الشفعة بمضى ستة شهور من وقت تسجيل عقد المشتري : قررت المادة ٢٢ ما يأتي : « يسقط الحق في الشفعة ^(٣) في سائر الاحوال بعد مضي ستة شهور من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة العقار ولو كان الشفيع غير اهل للتصرف ^(٤) أو غائباً ^(٥) والاصل في الحق انه لا يسقط الا اذا مضت عليه مدة التقادم الطويل المسقط وهي ١٥ سنة . ولكن قانون الشفعة خالف هذه القاعدة لسببين : سبب قانوني وسبب موضوعي

٤٧٣ - السبب القانوني : ان المدة ليست مدة تقادم بل هي مدة سقوط كما سنشرح ذلك حالا . وعلى ذلك يصبح الفاعر حراً في تعيين المدة لانها مدة لا بد فيها من القيام باجراءات يعينها القانون بالذات . ولا يعتبر الحق موجوداً قانوناً ومحجياً بالقانون الا اذا تمت الاجراءات التي يأمر بها القانون من طريق الاكراه والاجبار . وعلى ذلك لا يعتبر الحق في هذه الحالة ، وقد قيده القانون باجراءات خاصة ، حقا خاصاً للتقادم أى حقا كاملاً تام التكوين والانفاء ، بل هو حق ناقص لا يتم خلقه القانوني الا اذا اكتنفته هذه الاجراءات التي حتمها القانون

(١) Déchéance (٢) Prescriptions دى هلس ج ٣ من ٢٧٦ و ١٤٧ :
(٣) Prescrit (٤) Les incapables (٥) Les absents

٤٧٤ - السبب الموضوعي : ان حق الشفعة أمقت الحقوق لدى الشارع وأثقلها ظللا عليه . لذا هو لا ينظر اليه بعين مد الاجل في حمايته ووضعه في مستوى واحد مع بقية الحقوق الاخرى ، اذ لا يتردد في ان يرى فيه شيئا غير قليل من الافتيات على الحقوق المقررة للغير ، وهي حقوق المشترين . أليس في الشفعة معنى غصب العقار من المشتري جبراً عليه ، ولو ان النصب مشفوع بدفع الثمن ومصاريف الصفقة الى المشتري ؟ لذا رأى الشارع سنة ٩٠٢ بحق ان لا يطيّل أجل هذا الحق حق الشفعة الغاصب فأقسطه من الاجل ستة شهور ليس غير بحيث اذا مضت هذه المدة من وقت تسجيل العقد سقطت الشفعة حتى ولو كان الشفيع مفقود الاهلية أو غائباً . وظننا أن سران المدة هذه على مفقود الاهلية والغائب لا يرجع من الوجهة القانونية الى أن هذه القاعدة استثناء للقاعدة الاصلية القاضية بايتاف المدد قبل مفقودى الاهلية طبقاً للمواد ٨٤/١١٣ و ٨٥/١١٤ مدنى ، انما يرجع الى أن مدة الستة الشهور هي مدة سقوط لا مدة تقادم^(١) والى أن المدة مدة سقوط أى مدة اجراءات ، والشارع مدفوع فيها بطبيعتها الى تقصير أجلها وتعميمه مع اكتماله فاذا أصاب مفقود الأهلية ضرر ما فما عليه الا الرجوع مع من تولى أمر دارة ماله

ويجب في احتساب المدة هذه أن يراعى الحساب القمري لا الشمسى باعتبار ان الحساب القمري هو القاعدة العامة في مصر^(٢)

٤٧٥ - وعقد المشتري اما أن يكون مسجلاً واما لا . فان كان مسجلاً وأصبح بذلك معلوماً لدى الكافة بحيث يجوز لجميع الافراد الاطلاع على سجلات التسجيل ، أصبح مضى مدة ستة شهور على التسجيل قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلاً عكسياً على تنازل الشفيع ، بحيث لا يقبل منه عذر ما في أنه ما كان يعلم بتسجيل عقد المشتري . وقد يكون في سكوت الشفيع هذه المدة دون أن

(١) مع ملاحظة انه من المقرر من طريق آخر في بعض احوال مدد التقادم ، كالتقادم المسقط بخمس سنوات فأقل ، ان هذا التقادم يسرى أيضاً على منقودى الاهلية : راجع في ذلك الالتزامات ص ٤٨٧ ن ٤٩٣ وما بعدها (٢) استئناف م ٢٢ مارس سنة ٩٢١ م ف ، ٢٣ ، ٢٢٣

يعمل على الالمام بما يحيط بحقوقه من الظروف اهما لا جزاؤه من الفارع سقوط حق الشفعة

ولكن ما القول فيما اذا كان عقد المشتري غير مسجل ؟ فهل يسقط حق الشفعة هنا بمدة ستة شهور ، أو بمدة ١٥ سنة ، أو لا يسقط بالمرة طالما لم يعلم بالبيع ، أو لا تجوز المطالبة بالشفعة ما دام ان الملكية لم تنتقل للمشتري بسبب عدم التسجيل ، وأنها لازالت باقية لدى البائع ، وأن مدة السقوط حينئذ لا تبدئ الا من وقت تسجيل المقد ؟ رأينا في حالة عقد الشفيع وعند عدم تسجيله ، ان الشفعة تصلح من جهة لانه مشتر على كل حال ولان التسجيل انما شرع لمصلحته هو . وسرى أيضاً عند ما تتكلم على المشفوع منه وهو المشتري أن عدم تسجيل عقده لا يحول دون طلب الشفعة للسبب ذاته . وعلى ذلك فالشفعة جائزة ولو أن عقد المشتري لم يتسجل بعد

٤٧٥ - واذا كانت الشفعة جائزة مع عدم تسجيل عقد المشتري فما هي مدة سقوطها ؟ ان حق الشفعة ككل الحقوق لا بد من سقوطه ، فلا يصح القول بعدم سقوطه طالما ان الشفيع لم يعلم بالبيع . نعم ولو أن حق الشفعة لا يظهر في عالم الميان لدى الشفيع الا من وقت علمه ، وأنه ما دام لا يعلم به فلا يستطيع المطالبة ، وأنه يؤيد ذلك سقوط الشفعة بستة شهور من وقت تسجيل عقد المشتري ، باعتبار أن هناك شبه امال من الشفيع في عدم التعرف على ما اكتنف حقه من ظروف خاصة اصبحت غير مستحيلة عليه بالاشهار والملاينة أي بالتسجيل ، قلنا نعم ولو أن ذلك صحيح الا أن في بقاء الشفيع مدة ١٥ سنة مثلاً ما يستفاد منه ضمناً وجود شبه امال من جانب الشفيع . لان من شأن طول المدة ، وطولها لازم عند عدم تسجيل عقد المشتري ، لان التعرف على العقد غير المسجل أمر ليس من السهولة كما في حالة العقد المسجل ، ان يفسح مجال التعرف على المقد أمام الشفيع فيبحث حتى يعثر على الوقوف على حقيقة الحال

٤٧٦ - وإذا كان حق الشفعة يسقط إذا لم يسجل عقد المشتري فإهي المدة حينئذ اللازمة لسقوطه؛ أن الشارع لم يذكر شيئاً عن ذلك. وليس من السهل علينا أن نقول جرافاً بأنه عند سكوت الشارع في حالة سقوط الحقوق يجب الرجوع إلى القاعدة العامة وهي سقوط الحقوق بمدة ١٥ سنة. ذلك لأن المدة هنا ليست مدة تقادم حتى يؤخذ بهذه القاعدة بسهولة، بل المدة مدة سقوط لانها مدة متعلقة بأجراءات. وعلى ذلك أن قلنا بمدة ١٥ سنة فليس ذلك في نظرنا إلا من طريق القياس مع قاعدة التقادم لمدى وجود قاعدة عامة للسقوط تحكي القاعدة العامة المعروفة في التقادم كما قدمنا

٤٧٧ - مدد الشفعة مدد سقوط وليست مدد تقادم: الفرق بين مدة السقوط ومدة التقادم فرق عظيم. ذلك أن مدة التقادم تقبل الإيقاف. وأما مدة السقوط فلا تقبله. وقد أخذ قانون الشفعة بمدة السقوط في حالة مضي ستة شهور على تسجيل عقد المشتري إذ تسقط الشفعة بعد مضي هذه المدة حتى ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً (المادة ٢٢٠). مع ملاحظة أن كلمة يسقط الواردة بالنص العربي وردت بالنص الفرنسي بكلمة تقادم^(١) والتعبير الفرنسي غير صحيح لأنه يفيد التقادم لا السقوط) ولكنه لم يقل شيئاً بالنسبة لمدة الـ ١٥ يوماً التي يجب أن يحصل فيها إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة، ولا بالنسبة لمدة الـ ٣٠ يوماً التي يجب فيها رفع دعوى الشفعة من وقت انذار الشفعة المتقدم. والذي نقول به نحن أن مدد الشفعة هي مدد سقوط لا مدد تقادم. وعلى ذلك فهي لا تقبل إيقافاً ولا قطعاً

والتقادم يفيد أن هناك حقاً مكوناً من قبل وتام التكوين لا ينقصه شيء خلقه وإيجاده. وهذا الحق الكامل تام الخلق والوجود يسقط إذا مضت مدة دون المطالبة به إذا تمسك المدين بهذا التقادم. وأما مدة السقوط فهي مدة خاصة بحق خاضع لأجراءات خاصة ومقيد بقيود معينة. بحيث لا يعتبر بدون

هذه الاجراءات حقاً كامل المخلق والوجود . ففي حق الشفعة لا يعتبر الشفيع مالكا ملكا تاما بمجرد حصول البيع من المالك للعقار المشفوع للمشتري منه . بل لا بد له لاجل تكوين هذا الحق تكويناً كاملاً أن يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف مدة معينة . وأن يرفع الدعوى في مدة معينة . بحيث اذا لم يعمل ذلك في المدينين المعينتين يزول عنه الحق الناقص الذي تقرر له بالبيع ومن ذلك نرى أن حق الشفعة حق ناقص غير كامل لا بد له من اجراءات ، بخلاف الحق الكامل تام الوجود فليست له اجراءات لازمة لسد النقص فيه ، مادام أنه كامل غير ناقص . ولا بد في الاجراءات أن تحصل في أوقات معينة لان الحق معلق وجوده وجوداً دائماً على هذه الاجراءات . فاذا لم تحصل الاجراءات ، في المدة المينة زال الحق المعلق عليها

ومن ذلك نرى أن مدة التقادم ليست شرطاً لازماً للحق . بل هي مهددة للحق الموجود من قبل وجوداً كاملاً . فاذا اعتور هذه المدة ماثق للايقاف أو قطع المدة قاطع ، وجب الايقاف والقطع . أي أن الحق يظل قائماً لان مدة التقادم ليست لازمة لتكوينه . وأما اذا اعتور مدة السقوط أي مدة الاجراءات موقف أو قاطع فان من شأن هذا الموقف أو القاطع أن لا يؤثر على سريان المدة لان المدة لم تشرع حماية للحق الضعيف من قبل الا في حدود معينة

وبناء على ذلك نرى أن لا تقبل أسباب للايقاف أو القطع في مدد الشفعة لانها مدد سقوط لا مدد تقادم . فاذا رفعت الدعوى ولم تقيد بمجدول المحكة فلا يجوز اعتبار مجرد رفعها أي تحرير عريضة الدعوى ودفع ريع الرسم عليها واعلانها للبائع والمشتري سبباً كافياً لقطع مدة الاجراءات وهي مدة ٣٠ يوماً^(١) وكذلك أيضاً نرى أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة لا يقطع مدة

(١) استئناف ١٠ ابريل سنة ١٩١٨ مجلة للتراث المجلد ٦ ص ١٣٠ رقم ٢٢ . — أنظر ايضاً دى هلس ج ٣ ن ٢٧٦ و ١٤٧ . — بودرى الطول مع تبسييه في التقادم ن ٤٩٧ ص ٣٤٧ . — موسوعات كرابيه ج ٣١ ص ٢٤٢ ن ٥٧٢ — ٥٧٤

ال ٣٠ يوما . لان المدة كما قلنا ليست مدة تقادم يسرى عليها حكم المادة ٢٢٤٦ مدني فرنسي القائلة بقطع التقادم في هذه الحالة التي كاد يجمع على الاخذ بها القضاء المصري ، بل هي مدة سقوط . وعلى ذلك فهي لا تقبل القطع . فاذا رفعت دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة وحكم فيها بعدم الاختصاص ومضت مدة ٣٠ يوما من وقت رفعها سقط حق الشفعة

ولكن القضاء المصري أهليا ومختلا يبدى كل يوم عنادا غريباً في ضرورة الاخذ بأحكام الايقاف والقطع في مدد السقوط كما في مدد التقادم . وحجته أنه لا محل للتمييز بين مدد التقادم ومدد السقوط لان صاحب الحق يعمل في كلتا الحالتين ما في استطاعته للوصول الى تقرير حقه ، ولان مسائل الاختصاص مسائل فنية قد تغيب على الخصوم وتلبس على وكلائهم وعلى القضاء ^(١) وبين لنا من بين سطور الاحكام أن القضاء قد تأثر بما يحف الدعاوى من ظروف خاصة ووقائع معينة فلم ير مندوحة من القضاء بما يتفق مع العدالة من طريق التحايل على الاخذ بالنظريات القانونية في طريق لا يؤمن فيه التعمر مع الاصول القانونية العامة ^(٢)

(١) كلى ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ر ١٩ ، عدد ٢٧ — استئنافى ٣٠ مايو سنة ١٩١٦ الحاماة مجلد ٢ عدد ٨٥ ص ٢٧١ استئناف ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ، ٢ عدد ٤٥

(٢) ومن قبيل ذلك ملاحظناه بحكم للاستئناف المختلط (م ت ق ، ٢٣ ، ٢٣٧) اذ قضى بقطع مدة دعوى الشفعة عند ما رفعت الدعوى أمام المحكمة الاهلية وهي غير مختصة ، ثم ردت بعد ذلك أمام المحكمة المختلطة المختصة . فدفع المدعى عليه في الدعوى الثانية بسقوط الشفعة لرفضها بمد مدة ٣٠ يوما لان رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة لا يقطع مدة السقوط . انما يقطع مدة التقادم وان مدة الشفعة مدة سقوط لا مدة تقادم . فأخذت محكمة أول درجة بمذهبها وأبت عليه محكمة الاستئناف الاخذ بهذا المبدأ الاول في القانون ، وتأثرت بما شاب الدعوى من ظرف خاص وهو سبق ادعاء المشفوع منه الجنسية المحلية في قضايا أخرى بما جعل الشفيع يقتحم بحق بان خصمه خاضع لقضاء الاهلي فتأضاف أمام هذا القضاء الاخير . ولكن لما ثبت ان الخصم اجنبي قضى القضاء الاهلي بعدم الاختصاص لجاء الشفيع ورفع الدعوى أمام القضاء المختلط فقضى هذا الاخير بعدم القطع ولما كان لهذا الحكم أثر ظاهر في تقرير قاعدة القطع في مدد الشفعة في غير حق ولى غير تمليل قانوني مقبول رأينا ان نأتي هنا بأسبابه لتتصرف على مبلغ ما يشوب قطع مدة السقوط من افتئات على الاصول القانونية العامة

قالت محكمة الاستئناف المختلطة : « وحيث ان القانون المصري قرر بان الدعوى قاطمة لمدة التقادم

٤٧٨ — هذا ويجب أن يلاحظ هنا أن الشفعة تبطل إذا زال أحد شروطها كما إذا زال الجوار بإنشاء طريق عام بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع.

فلما إن الدعوى لم تسقط بالترك ، وانه من طريق آخر من المتفق عليه قضاء ان الدعوى قاطعة بالتقادم حتى لو رخصت أمام قاض غير مختص — . وحيث ان رسوم سنة ١٩٠١ الخاص بالشفعة لم يأت بنص يخالف هذه القاعدة العامة ، ولا يوجد سبب وجيه يدعو القضاء الى تقرير تفرقة لم يقرها القانون ذاته . — وحيث انه فوق ذلك قال الفقه يجري بلا نزاع على ان القواعد الخاصة بالتقادم يؤخذ بها في اى نوع من أنواع التقادم مهما كانت المدة المقررة لرفع الدعوى (لورانج ٣٢ د ٣٧٤) . — وحيث ان في الاخذ بالتفرقة التي قال بها الحكم الادائى المرفوع عنه الاستئناف اجعافا ظاهرا في هذه الدعوى اذا لوحظ ان الشفعين قد خدع في أمر جنسية المشفوع منه ، لانه سبق لهذا الاخير ان تناهى مع النير امام القضاء الاهلى باعتباره عثمانى الجنسية . ومن البديهي انه في رفض الاخذ في هذه الحالة بالقاعدة العامة المقررة في قطع التقادم معنى انكار روح قانون الشفعة وشرعيته ، وهو القانون الذى وان خالف القواعد العامة ، فاننا كل ذلك من اجل تأكيد الطائفة السقارية من طريق توقيع جزاء لاهل يقع من جانب الشفعين . — وحيث انه فوق ما تقدم قال الدعوى المضارة خاصة بحق الشفعة الذى لم يطلبه مالك اصلى على الشيوع ، اى بحق الشفعة الذى يجوز قبوله حتى للشفعة طبقاً لمادة ٥٦١ من القانون المدنى التى لم يمسها قانون الشفعة في شيء ما اهـ

واسباب الحكم هذه تم ما تأثرت به المحكمة من الخدعة التى خدع المشفوع منه الناس بها ، وان في الحكم يرفض دعوى الشفعة ضرراً بالشفيع الذى لم يقصر . هذا فضلا عن أن الشفعة هنا يمكن الاستماضة فيها بدعوى الاسترداد طبقاً للمادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى والذى يلاحظه على هذا الحكم فوق ما لاحظناه من قبل بشأن قطع المدة ما يأتى : — .
أولاً — ان الحكم يرد أن قرر صحة القطع في مدة السقوط ، عاد وصرف للنظر عنها وأخذ بدعوى الاسترداد *retrait d'invasion* ، فكانه بذلك قد استبدل الدعوى المطروحة أمامه وهى دعوى شفعة ذات اجراءات وقيود خاصة استثنائية ، بدعوى الاسترداد وهى دعوى طادية خاضعة للاصول القانونية العامة . وفي الاستبدال هذا أمام الدرجة الاستثنائية خطورة بأحد خصوم الدعوى حيث منحرمه من الاستفادة من الدفاع في الدعوى على حالتها الجديدة ويصينتها الجديدة التى صيبتها بها المحكمة

ثانياً . — لاحظ الحكم ان في ادعاء المشفوع منه الجنسية العثمانية في دعوى وانكارها في دعوى أخرى ، الامر الذى ترتب عليه فوات الوقت على الشفعين من رفض دعوى الشفعة امام محكمة غير مختصة ، رأى الحكم في ذلك خطأ *faute* منسوبا للخصم ويجب عليه تحمل نتيجة خطأه وهذه الملاحظة من جانب الحكم ملاحظة قانونية قيمة ولكن لم يشأ ان يجرى فيها طريقها القانونى الذى أعده أئمة القانون في اصلاح اخطاء المحققين الذى أضروا بمحقق النير . وكان يجدر بالحكم بدلا من تقرير قاعدة القطع لمدة السقوط وهو تقرير غير قانونى وغير صحيح ، ان يقول بأن الخطأ ملزم باصلاح خطأه ، وانه بالخطأ قد التزم بالتزام هذا الاصلاح . وان الطريق الاقوم في الاصلاح

أو باع الشفع عقاره المشفوع به قبل المطالبة بحق الشفعة ^(١) أو أوقفه أو جعله مسجداً كما تقرر ذلك المادة ٦ اذ تقول « لا شفعة فيما يبيع لجعل محل عبادة » ^(٢) أو ليلحق به »

٤٧٩ - عقد الشفع المعلق على شرط : والشرط اما أن يكون شرطاً فاسخاً واما شرطاً توقيفياً . والعقد المعلق على شرط فاسخ قائم من وقت انعقاده وناقل للملكية . وأما العقد المعلق على شرط توقيفي فلا ينقل الملكية الا من وقت تحقق الشرط . وللشرطين أثر رجعي على الماضي . فالشرط الفاسخ يزيل الملكية القائمة ، والشرط التوقيفي يجعل الملكية كلها نقلت من وقت العقد والشرط الفاسخ كما في بيع الوفاء اذ يعتبر المشتري مالكا على شرط فاسخ . لانه اذا تحقق شرط الاسترداد واسترد البائع العقار، زالت الملكية عن المشتري . والشرط التوقيفي كما في بيع الوفاء أيضاً اذ يعتبر البائع مالكا على شرط توقيفي ، وهو شرط الاسترداد . وشرط الاسترداد حينئذ يجمع بين الفاسخ والتوقيفي . لان ما كان فاسخاً لاحد العاقدين فهو توقيفي بالنسبة للآخر ، وللشرطين أثر رجعي ، الفاسخ يزيل الملكية في الماضي ، والتوقيفي يقررها في الماضي

انما هو الحكم بالعقار لشفيع . ويؤخذ هنا بما قرره القضاء الفرنسي ورجال الفسحة هناك في نظرية « الخطأ اللاتع بولد حقوقا error communis facit jus » وهي التي طبقت في حالة غياب الوارث الحقيقي واتقاعه زمنا دون الحضور والمطالبة بحقه ، الامر الذي ترتب عليه ان ادعى الوارث الظاهر héritier apparent ارثه للتركة ، فحمله الافراد على هذا الاعتبار بأنه مالك مع انه في الحقيقة المستورة عنهم لم يكنه . فاذا حضر الوارث الحقيقي فله حق الطعن في هذه التصرفات لصودورها من غير ملك . انما لما كان غيابه قد أصبح خطأ منه ترتب عليه اعتقاد الناس بصحة واثمة من تعاملوا معه ، فهو مشلول عن اصلاح خطأه وان أقوم سبيل قانوني لاصلاح ذلك الخطأ هو ترك التصرفات السابقة على حلها بدلا من الحكم بطلانها ومن الحكم على الخطيء بالتبويضات لمن أصابهم ضرر بسبب خطأه

فاذا أخذنا بهذه القاعدة في دعوى الشفعة هذه جاز الحكم بالعقار المشفوع فيه لشفيع على سبيل انه اصلاح للخطأ الذي صدر من المشفوع منه والذي ترتب عليه فوات مواعيد المطالبة بالشفعة . وذلك بدلا من الحكم بسقوط حق الشفعة ثم الحكم فيما بعد بتبويضات الشفعين

إذا علم ذلك فهل يجوز للمشتري وفايياً، وعقده معلق على شرط فاسخ، أن يشفع في العقار المشفوع. وهل يجوز للبائع وفايياً، وعقده معلق على شرط توقيني، أن يشفع في نفس هذا العقار. وإذا جازت الشفعة للائنين فأيها أفضل من الآخر؟ الذي نراه في حالة البائع والمشتري وفايياً وعلى الاخص بعد ما قررناه بشأن المشفوع منه ان كان مشترياً وفايياً انه يجوز لكل منهما الحق في ائذار المشفوع منه باظهار الرغبة في الاخذ بالشفعة طبقاً للمادة ١٤ ويجب التريص حتى يتحقق حقاً أحد الشرطين. فاذا تحقق الشرط من جهة كونه فاسخاً ومن جهة كونه توقيفياً بأن استرد البائع عقاره، صح له السير وقتئذ في اتمام اجراءات الشفعة فيرفع دعوى الشفعة المنصوص عليها بالمادة ١٥ في ظرف ثلاثين يوماً من يوم تحقق الشرط في أحد أيام الفترة المضروبة بالمقد. ويعتبر لتحقيق الشرط أثر رجعي بالنسبة لائذار الشفعة الموجه من البائع وفايياً، أي يعتبر أن هذا الائذار قد حصل في ذات يوم تحقق الشرط. وعلى ذلك يزول أثر الائذار الآخر الموجه من المشتري وفايياً لان ملكية هذا الاخير قد زالت

وعلى العكس مما تقدم فيما اذا لم يتحقق الشرط الفاسخ من جهة والتوقيني من جهة أخرى، وظل العقار بيد المشتري وفايياً وتأيدت الملكية لديه، وجب عليه أن يعمل نفس ما كان يعمل البائع فيما اذا تحقق الشرط من جانب هذا الاخير. وبذا يزول أيضاً أثر الائذار الموجه من البائع وفايياً

وأما القول بتقرير حق الشفعة للمشتري دون البائع وفايياً، أو البائع دون المشتري وفايياً، فانه تترتب عليه اشكالات من الصعوبة بمكان. فاذا تقررت الشفعة للمشتري وفايياً دون البائع وأخذ العقار بالشفعة، ثم تحقق الشرط الفاسخ، واسترد البائع وفايياً عقاره، فما الحكم فيما اذا كان هذا البائع لا يرغب في أخذ العقار المشفوع؟ فهل يحتاج عليه بأن يد المشتري وفايياً يد وكيل عنه، أي يد يمثل شرعي له؟ طبعاً لا. واذا كان لا يجوز اكرامه على أخذ العقار المشفوع ودفع ثمنه للمشتري وفايياً الشفيع، فهل يبقى هذا العقار تحت يد المشتري وفايياً، مع

أنه ليس مالكا من وقت انعقاد العقد؛ وهل يجوز له إكراه المشفوع على أخذ العقار وردثه إليه؛ باعتبار أن حق الشفعة يتبع الحالة القانونية للعقار المشفوع به، فإن كانت هذه الحالة شرطية كان حق الشفعة كذلك؟

هذا من جهة المشتري. وما القول من جهة البائع فيما إذا تقرر له حق الشفعة واستلم العقار المتقدم، ثم لم يتحقق الشرط التوقيني من جانبه، ولم يسترد العقار في المدة المضروبة، فإذا يكون موقعه أمام المشتري وفاثيا، وأمام المشفوع منه؟ ألا يقول وقتذاك المشتري وفاثيا الذي أصبح مالكا نهائيا انه هو الشفيع الحقيقي؛ وكيف يأخذ العقار من يد من قضى له بالشفعة فيه؟ وألا يقول وقتذاك أيضا نفس المشفوع منه بأنه في حل من أخذ العقار المشفوع من البائع وفاثيا، ويأخذه لنفسه هو، وانه لا يسلمه للمشتري وفاثيا؟

هذه اشكالات لا حل لها فيما إذا أخذ بغير الطريقة التي قررناها هنا. أما إذا أخذ بما قررناه واجزنا لكل من البائع والمشتري وفاثيا بعمل انذار الاخذ بالشفعة، والترص حتى يتحقق الشرط، ثم السير في اتمام الاجراءات باعتبار أن للشرط أثرا رجعيا على الانذار الصادر من جانب من كان الشرط لمصلحته، اذا قلنا ذلك خرجنا من اشكالات دقيقة ووقفنا بالشفعة في موقف قانوني لا اشكال فيه. وهذا الموقف هو الذي قررناه في حالة ما اذا كان عقد المشفوع منه عقداً معلقا على شرط توقيني، اذ أبجنا للشفيع عمل انذار الشفعة، ثم التريص حتى يتحقق الشرط التوقيني أو لا يتحقق. فان تحقق سار الشفيع في اتمام اجراءات الشفعة والا فلا. وأما بالنسبة لعقد المشفوع منه المعلق على شرط فاسخ فاننا قلنا بجواز دعوى الشفعة واطام اجراءاتها دون ايقافها حتى يتحقق الشرط. وكانت حاجتنا أنه اذا لم يتحقق الشرط الفاسخ وتأيدت الملكية لدى المشتري، كالمشتري وفاثيا، صحت الشفعة وظل العقار تحت يد الشفيع. وأما اذا تحقق الشرط الفاسخ، كأن طلب البائع وفاثيا استرداد العقار، صبح توجيه طلب الاسترداد الى الشفيع. ويلزم هذا الاخير برد العقار اليه. باعتبار أن حق الشفعة هنا

يصبح أيضاً موصوفاً بالصفة القانونية القائمة بعقد المشفوع منه

٤٨٠ — وما القول فيما اذا كان الشفيع واضع اليد وسائراً في طريق التملك بالتقادم الحمسى بالسبب الصحيح وحسن النية ، أو بالتقادم الطويل ؟ فهل يجوز له الشفعة في هذه الحالة ، مع أن تملكه للعقار المشفوع به معلق على شرط توقيفي وهو مضي المدة القانونية بالشروط المقررة لصحة وضع اليد المقيد ؟ ان الامر في ذلك يرجع الى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو توقيفي ، (وأما العقود المعقودة بأجل ، فالاجل فيها محقق الوقوع والشفعة جائزة) فان قيل بعدم جواز الشفعة حتى يتحقق الشرط ، فلا اشكال . ولكن محل الاشكال وظهور الصعوبات العملية والقانونية فيما اذا قيل بجواز الشفعة وتعليق صحتها في النهاية على تحقق الشرط أو عدم تحققه . وذلك أنه اذا قيل بالتجوز لوضع اليد السائر في طريق التقادم بالمطالبة بالشفعة ، فانه اما أن يتحقق الشرط ويملك نهائياً فتصح الشفعة نهائياً . واما لا يتحقق شرط مضي المدة ، بأن يأتى المالك الاصلى ويسترد العقار (أو يأتى غاصب ينتصب العقار الاصلى من واضع اليد الحاضر فيقطع عليه المدة) . وهنا تظهر اشكالات عدة . اذ يحصل التساؤل فيما يأتى : هل يجوز للمالك الاصلى استبقاء العقار تحت يده باعتبار أن له حق الشفعة فيه من قبل ، وأنه بدلا من رفع دعوى جديدة بالشفعة يكتفى بالاجراءات المتقدمة الحاصلة من الحائز السابق ؟ وهل يجوز للمشفوع ضده المعارضة في ذلك واسترداد العقار المشفوع من يد المالك الاصلى الذى حل محل واضع اليد ، لانه لا توجد رابطة قانونية نيايية كالتوكيل بين الحائز السابق والمالك الاصلى حتى يتمسك بأعمال الحائز ، وانه كافٍ يجب على المالك الاصلى أن يطالب بالشفعة مع قيام يد الحائز على العقار المشفوع فيه . وما دام أنه لم يشفع فقد سقط حقه في الشفعة ؟

على أن هذه الصعوبات قد لا تقع اذ يعمل المشفوع ضده على ادخال المالك

الاصلي خصما في الدعوى . وفي هذه الحالة يكون حق الشفعة له خاصة دون
الحائز . واذا فرض وأقر المالك الاصلي يد الحائز السائر في طريق التقادم الخمسي
بمحسن نية وسبب صحيح ، فهل يصح لو اضع اليد الاخذ بالشفعة ؟ يرجع ذلك الى
الانتر الرجعي لاقرار اليد ، اذ يعتبر مالكا من وقت عقده . وعلى ذلك تصح
الشفعة له

ويرى الفقه والقضاء ان مجرد وجود اليد على العقار مدة طويلة بصفة مالك
يكفي وحده للمطالبة بالشفعة دون أن يكون واضح اليد ملزما باثبات الملكية
من طريق آخر غير وضع اليد ^(١)

٤٨١ - عقد الشفيع باطل : والبطالان اما نسبي واما مطلق . فان كان
الاول جازت الشفعة ولا يجوز للشفوع منه التمسك بالبطالان النسبي ، لان هذا
البطالان لم يشرع في مصلحته انما شرع في مصلحة من تقرر له ، كما اذا اشترى
الشفيع العقار الذي يشفع به من غير ذي أهلية . اذ الذي يتمسك بالبطالان انما هو
مفقود الاهلية . وأما اذا كان البطلان مطلقا مما يتعلق بالنظام العام فلكل فرد
الحق في التمسك به ، كما اذا كان الشفيع يشفع بعقار يتملكه بعقد هبة غير
رسمي . اذ يجوز في هذه الحالة للشفوع منه الحق في التمسك به كما يجوز للقاضي
أيضا الدفع به من تلقاء نفسه ^(٢)

واما القول بشأن البطلان المعدوم وهو البطلان الخاص بنتص أحد أركان
العقد ^(٣) فهل يجوز للشفوع منه التمسك به قبل الشفيع كما في حالة البطلان
المطلق ؟ نقول بالسلب لان هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام

٤٨٢ - عقد الشفيع وعده بالبيع . اذا كان الوعد من جانب العاقدین
وتعين المبيع والتمن أصبح الوعد بالبيع بيعا صحيحا نافذا ^(٤) واذا كان الوعد

(١) فورجور ص ٢٨ - استئناف ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ق ، ١٧ ، ١٠٢

(٢) الاتزامات ص ٢٣٩ ن ٢٥٦ وما بعدها (٣) الاتزامات ص ٢٤٥ ن ٢٦٣

(٤) المادة ١٥٨٩ مدني فرنسي - دي هلس ج ٤ في البيع ن ١١٢ - جراتولان

من جانب البائع وحده ، صح العقد من جانب البائع ، بمعنى أنه يصبح ملزماً بإجراء البيع إذا رضى المشتري^(١) ولا يكون لقبول المشتري أثراً رجعياً ، أى لا يعتبر المشتري مشترياً الا من وقت رضائه^(٢) وعلى ذلك لا يجوز للمشتري بناء على وعد من البائع أن يطالب بالشفعة الا بعد أن يرضى بالشراء من الواعد . فإذا كان رضاه سابقاً على عقد المشفوع منه صحت شفيعته . وأما إذا كان لاحقاً عليه فلا تصح لانه يعتبر مالكا بعد صدور العقد للمشفوع منه ، ولان رضاه كما قلنا لا يستفيد من نظرية الاثر الرجعى^(٣)

٤٨٣ — عقد الشفع معطل بورقة ضرر . من آثار ورقة الضد أنها لا تنقل حقاً ولا تعدله انما هى تؤيد الحق فى يد صاحبه الاول . وتوجد هذه الورقة تحت يد صاحب الشأن فيها وهو المالك الاول . فإذا شفع الشفع فى العقار المبيع وادعى المشفوع منه وجود ورقة ضد ويجب عليه ادخال المالك الاصلى وتكليفه بتقديهما . وإذا تعذر عليه الحصول على الورقة جاز له أى للمشفوع منه اثبات الصورية بجميع الالوجه القانونية لانه يعتبر من طبقة الغير

٤ — فيمن له حق الشفعة

٤٨٤ — عدت المادة الاولى من قانون الشفعة والمادة ٢ الشفعاء . فقالت أولاً ما يأتى : « يثبت حق الشفعة لمن يأتى : اولاً — الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع — ثانياً — للجار المالك فى الاحوال الآتية : اذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الاراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو

فى العقود ٢٢٥ — فتحى باشا ص ٢٣٢ — حكم جزئى م ر ١ ، ٢٢ عدد ٤١ — انظر عكس ذلك بنى سويف الكلية ١٥ سبتمبر سنة ٩١٩ م ر ١ ، ٣١ عدد ٩٦

(١) الهلال بك فى البيع ص ١٠٩ ن ١٧٦ (٢) الهلال بك ص ١١٢ ن ١٨١

(٣) نعم وان كان يجوز للمشتري من البائع الواعد الحق فى الطن فى العقد الذى يصدر من الواعد قبل رضاه الموعود له ، الا أن ذلك موقوف على حصول توافق بين الواعد والمشتري منه وأما اذا لم يكن هناك توافقاً فقد نافذ على الموعود له : الهلال بك ص ١١٣ ن ١٨١

في القرى — اذا كان للارض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لارض الجار على الارض المشفوعة — اذا كانت أرض الجار ملاصقة للارض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الارض المشفوعة على الأقل » وقالت المادة ٢ ما يأتي : « يمد شريكا في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه . وله طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه »

وعلى ذلك يكون الشفعاء هم الاشخاص الذين ذكرهم القانون وعددهم . وبما أن قانون الشفعة قانون استثنائي أريد به رفع ضرر الجوار فلا يجوز أن يضاف الى جمهور الشفعاء المعينين بالقانون شفعاء آخرين ، أو أن يستفيد الغير من هذا الحق الاستثنائي لا مباشرة ولا من طريق غير مباشر بالتحايل^(١)

والشفعة تثبت للذكر والانثى والصغير والكبير ومفقود الاهلية . وعلى من له الولاية على هذا الاخير المطالبة بالشفعة مع مراعاة القيود القانونية المقررة في حالة شراء عقار لصبي له ولي شرعى أو له وصى ، أو لمجنون له قيم . كل ذلك لان الشفعة حق مدنى مؤيد بالقوانين المدنية

أما الشفعاء الذين عينهم القانون فهم كما يأتي :

٤٨٥—أولاً ، مالك الرقبة : بجانب مالك الرقبة يوجد صاحب الانتفاع . فاذا باع المنتفع حقه جاز لصاحب الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع . ويلاحظ بأن الشفعة لا تجوز الا في العقار بالذات لا في حق مقرر على العقار ، أى لا تجوز الا في عقار حقيقة لا حكماً^(٢) ولكن الشارع قرر هذا الحق من طريق الاستثناء لصاحب الرقبة بل وجعل له الاولوية فيه على غيره (المادة ٧) لانه أولى من غيره في جعل العقار رقبة ومنفعة بيده . ولم يقرر الشارع هذه الشفعة لمنتفع آخر

(١) محكمة طنطا الكلية في ٢٢ ابريل سنة ١٩١٨ ح ٣٤ ص ١٤١ ، م ١ ، ٢٠ ص ٢٣

(٢) خشي زغلول ص ٨٤ — دى هلس ج ٣ ص ٢٣٦ ن ٤٢ — بارون ادريل فورجور في الشفعة ص ٢٢ من الرسالة المطبوعة خاصة سنة ١٩٢٠ أى انها لا تسرى الا على عقار مادي لا عقار معنوي

في العقار بل قررها لصاحب الرقبة فقط دون غيره ^(١) ولو ان المادة ٢ جمعت المنتفع شريكا في العقار وأصبح له بذلك حق الشفعة ، إلا أن الشارع جعل الاولوية لصاحب الرقبة وفضله على صاحب حق الانتفاع . على أنه اذا كان هناك منتفعان أو أكثر ، وباع أحدهما حقه في الانتفاع ، وكان من المقرر بالمادة ٢ أن المنتفع يعتبر شريكا في العقار ^(٢) ، فهل لا يجوز للمنتفع الثاني حق طلب الاسترداد المقرر بالمادة ٣٦٢/٥٦٢ مدني ؟ يقولون بالإيجاب ^(٣) وحجتهم أنه ربما يترتب على حرمان المنتفع الثاني من الشفعة ضرر يلحق به فيستعين بالاسترداد . ولكن كيف يكون ذلك ؟ أليس في الاسترداد معنى أن المنتفع الثاني يأخذ نصيباً في حق الانتفاع الباقي وبذا يعطل على مالك الرقبة مفعول المادة ٧ في جعل الاولوية له دون المنتفع ، وعلى الاخص اذا لاحظنا أن المنتفع لا يشفع بصفته شريكا في العقار الا عند امتناع صاحب الرقبة عن طلب الشفعة (المادة ٢) ؟ وكيف يقدر نصيب المنتفع بجانب نصيب صاحب الرقبة . وعلى أي نسبة يأخذ كل منهما نصيبه في الانتفاع ؟ كل ذلك يرجع الى ما أتتجهت المادة ٤٦٢/٥٦١ مدني من التعقيدات القانونية بسبب بقائها مع وجود قانون الشفعة ^(٤)

٤٨٦ - ثانياً . الشريك الذي له حصته سائمه : لهذا الشريك في المشاع ^(٥)

الحق في طلب نصيب شريكه المباع مشاعاً ، كلاً أو بعضاً ، بالشفعة ، مهما كان السبب في الشركة الشائعة سواء كان الارث أو التعاقد . فان كان الشركاء اثنين فلا بد أن يكون البيع لاجنبي حتى يطالب الشريك الباقي بالشفعة . وله في هذه الحالة حق المطالبة أيضاً بحق الاسترداد المقرر بالمادة ٤٦٢ مدني فيما اذا فاتته المواعيد المقررة بقانون الشفعة . واذا كان الشركاء أكثر من اثنين وباع احدهم نصيبه فاما ان يكون البيع لاحدهم واما لاجنبي . فان كان لاحدهم جاز للباقي المطالبة

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٣٦ ن ٤٣ الفقرة الاخيرة — استئناف م ٤ يناير سنة ١٩٠٦

م ت ق ، ١٨ ، ٨٧ (٢) Copropriétaire (٣) قضي زغلول بإشاح ٨٤

(٤) ولا زى للاطلاع على هذا الشأن عملاً وقوم عملياً : فورجور ص ٢٦ و ٣٠٨ من مجلة

مجلة مصر المدنية سنة ١٩٢٠ Copropriétaire indivis (٥)

بالشفعة دون الاسترداد ، بعد اسقاط نصيب المشتري باعتبار أن له حقا في الشفعة مثلهم . (المادة ٧) ويتقاسم الباقي قدر المبيع بنسبة أنصبتهم في الشيوع . وإن كان لاجنبي طلبت بقية الشركاء الاخذ بالشفعة أو بالاسترداد وتوزيع الصفقة عليهم بنسبة انصبتهم ^(١)

وقلنا بالاسترداد في حالة البيع لاجنبي ولم نقله في حالة البيع لاحد الشركاء لان الاسترداد المشروع بالمادة ٤٦٢ قد لوحظ في شرعيته الحيولة بين تدخل الاجنبي عن الشركة في شؤون الشركة

واذا سقط حق الشفيع في الشفعة ، جاز لبقية الشركاء واحداً كانوا أو أكثر أن يطالب بالنصيب المبيع برمته دون اسقاط نصيب من زال عنه حق الشفعة . وما القول فيما اذا باع الشريك نصيبه مفزراً بدلاً أن يبيعه شائعاً ؟ سبق ان قررنا في نظرية الشيوع أن للقضاء المصري مذهبين في صحة هذا البيع بالنسبة للمشتري : رأى يقول بعدم صحته ، ورأى يقول بصحته وإيقاف تفاذه حتى تحصل القسمة بين الشركاء . فان وقع العقار المفز في نصيب البائع صح البيع . وقرر ضمنا المذهب الاول . كل هذا في مصلحة المشتري . ولكن ما القول بشأن الشريك المالك على الشيوع ؟ فهل تجوز له الشفعة في هذه الحالة اذا فرض وكان البيع صحيحاً ورضى به المشتري على عيوبه ؟ (اذ لا شفعة اذ قضى بفسخ البيع) ؟ ان القول بصحة عقد البيع لا يتعدى الشريك البائع والمشتري . وعلى ذلك فلا يجوز لهذا الاخير الادعاء قبل بقية الشركاء باختصاصه دونهم بالعقار المفز المبيع اليه ، ما داموا لم يكونوا طرفاً في العقد . انما اذا كان العقد لا ينفذ عليهم بالعقار محدداً فهو ينفذ عليهم باعتبار أن العقد تناول بيع نصيب الشريك على الشيوع . وفي هذه الحالة يجوز للجميع بما فيهم هذا الشريك الاخير حق الاخذ بالشفعة

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٣٧ ن ٤٦ و ص ٢٣٨ ن ٥٠ — استئناف ٢٩ مايو سنة ٩٣

ح ٥٢ ، ٩ — استئناف ٢٥ أبريل سنة ٩٠٧ م ت ق ، ١٩ ، ٢١٩

٤٨٧ — **مُلْكاً** . صاحب من الانتفاع : صاحب حق الانتفاع يعتبر شريكاً وله الشفعة اذا لم يطلبها صاحب الرقبة (المادة ٢) والمفهوم من ذلك أن هناك ثلاثة شركاء : أحدهم مالك رقبة وثانيهم منتفع وثالثهم اما صاحب رقبة أو صاحب انتفاع . فاذا باع الثالث نصيبه مهما كان نوعه صحت الشفعة لصاحب الرقبة أحد الباقيين دون المنتفع . انما تجوز الشفعة لهذا الاخير اذا سقطت عن صاحب الرقبة ولا يمكن أن يفهم وجود عقار فيه شريك بحق انتفاع الا اذا كان هناك صاحب رقبة لهذا العقار لان حق الانتفاع يستلزم حتماً وجود صاحب الرقبة ولذا لا بد أن تكون الشفعة لصاحب الرقبة ، والا كانت لصاحب الانتفاع ^(١) وقد سبق أن قلنا أن بعضهم يقول بجواز طلب الاسترداد الوارد بالمادة ٤٦٢ مدني للمنتفع ^(٢) وبينما ما يلبس عن ذلك من التعميدات العملية وما يترتب عليه من تعطيل المادة ٢ من قانون الشفعة التي جمعت الصفقة من حق صاحب الرقبة دون غيره من بقية أصحاب الانتفاع تعددوا أو لم يتعددوا ^(٣)

٤٨٨ — **رابعاً** . الجار المالك : يشترط في هذا الشفيع شرطان أن يكون مالكا وجاراً .

٤٨٩ — **الشرط الاول** . أنه يكون الجار مالكا : سواء كان مالكا منفرداً أو مالكا على الشيوع . واذا كان الجار غير مالك فلا يشفع كالمستأجر والمحتكر والمرتهن رهنأ حيازياً أو غير حيازياً ^(١) وكل شخص لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به . وقد لاحظنا عند ما تكلمنا على عقد الشفيع أنه لا يشترط فيه أن يكون مسجلاً لاجل المطالبة بالشفعة بل يكفي وجود العقد المثبت بأن الشفيع

(١) وقد أثارت هذه المادة ٢ تأثرة للشارحين . وعلّة ذلك استحالة ادراك المادة الا اذا كان الشركاء أكثر من اثنين . فتحي بإشأ زغلول ص ٨٥ — ٨٦ — دى هلس ج ٣ ص ٢٤٩ من ٢٣٩ — فورجور ص ٢٥ (٢) فتحي بإشأ زغلول ص ٨٤ (٣) ويلاحظ أن هذه المادة ٢ لم يرد لها شبه بالقانونين المدني المختلط سنة ١٨٧٥ والاهلي سنة ١٨٨٣ . ولم يقر فقهاء الشريعة الاسلامية هذه القاعدة — وانا لا نود التوسع في ذلك لعدم تحققة كما قلنا علماً

مشتري. وعلى ذلك يجوز للجار المشتري بمقد غير مسجل أن يطلب الشفعة، ويعتبر الحكم القاضي بالشفعة حكماً معلقاً على شرط، وهو عدم تصرف البائع للشفيع في العقار ثانياً للغير وعدم تسجيل الغير لعقده. والا إذا حصل التصرف ثانياً وتسجل العقد قبل تسجيل عقد الشفيع بطلت الشفعة لأنه لا يعتبر في هذه الحالة مالكا. ونلاحظ هنا ما قررناه في شرحنا لقانون التسجيل الجديد رقم ١٨ و ١٩ سنة ١٩٢٣ أن عقد المشتري يعتبر عقداً معلقاً على شرط من حيث انتقال الملكية، وهو شرط عدم تصرف البائع ثانياً وعدم تسجيل العقد الثاني قبل عقد المشتري الأول (مع ملاحظة ضرورة الأخذ بنظرية حسن النية والتواطؤ، إذ يجوز للمشتري الأول المتأخر في التسجيل عن المشتري الثاني اثبات تواطؤ البائع له مع المشتري الثاني المتقدم في التسجيل وبذا يبطل عقد المشتري الثاني وينفذ العقد الأول. وقد بينا ذلك في مكانه)

وإذا كان الجار صاحب حق انتفاع أو مالك رقبة فهل يجوز لكل منهما الشفعة؟ نقول بالسلب لأن شرط المطالبة بالشفعة في هذه الحالة أن يكون الجار مالكا. والمراد بالمالك هنا حتماً الجمع بين الرقبة والانتفاع في يد واحدة. ولا يصح هنا الاعتراض بالمادة ٢ التي قررت اعتبار صاحب حق الانتفاع بمثابة شريك، لأن ذلك مقصور فقط على العقار المشفوع فيه. أي أن اعتبار صاحب الانتفاع شريكاً لا يكون إلا في حالة ما إذا كان صاحب الانتفاع مع صاحب الرقبة شريكين في العقار المشفوع فيه، لا العقار المشفوع به، كما نصت المادة ٢ بذلك حيث قررت « يعتبر شريكاً في العقار المشفوع ^(١) »

٤٩٠ - السُّرْط الثاني - شرط الجوار : ولالجوار هنا ثلاث حالات (١)

أما أن يكون العقار المشفوع (أي العقار المشفوع فيه) من المباني أو من الاراضي المعدة للبناء - ٢) وأما أن يكون أرضاً زراعية - ٣) وأما أن

يكون هناك بين العقار المشفوع فيه والعقاوالمشفوع به حق ارتفاق . ونرى التكلم على كل حالة على حدة :

٤٩١ - الحالة الاولى . أنه يكون العقار المشفوع منه المبنى أو من الاراضى المعدة للبناء : سواء كان العقار المشفوع فى المدن أو القرى . وفى ذلك تقول المادة الاولى ما يأتى

« اذا كان العقار المشفوع من المبنى أو من الاراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو القرى » . وهنا نلاحظ ما يأتى :

٤٩٢ - ١ - يكفى أن يكون الجوار هنا من أى ناحية ومن أى جهة ، ويكفى فقط مجرد التلاصق بين العقارين من أى جهة من الجهات ^(١) مهما كان محل التلاصق ، حتى ولو كان حاصلًا فى الاركان ذاتها ، وممتدًا على ارتفاع الركنين المتلاصقين معًا أو على جزء من أحد الركنين ، كأن كان أحد الركنين أقصر من الآخر . على أن نرى أنه من المستحسن فى هذه الحالة أن يكون التقدير فى أمر الجوار من المسائل التقديرية التى تدخل فى السلطة الواسعة المقررة للقاضى . بحيث اذا تبين أن التلاصق ليس من الاهمية بالقدر الذى يبرر الشفعة ، فلا محل وقتئذ للقضاء بها ، وهى أكره الحقوق لدى الشارع كما رأينا

٢ - العقار المشفوع اما أن يكون مبنياً واما أن يكون أرضاً معدة للبناء

١ - العقار المشفوع مبنى : وهو يتكون من البناء بالذات ومن الارض القائم عليها البناء . ولا بد للشفيع من أخذ العقار ببناء وأرضاً بالشفعة . ويستحيل أن يطالب بأحد الاثنين . واذا كانت الارض للمالك والبناء لآخر بيع البناء دون الارض ، فلا شفعة ^(٢) كذلك لا شفعة اذا بيع البناء دون الارض واذا كان الشفيع لا يملك الا البناء القائم على الارض المشفوع بها كما اذا

(١) استئناف م ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ت ق ، ٢٩ ، ١٩٨ (٢) فتحى زغلول باشا

كان مستأجراً ، أو كانت الأرض محكورة له أو كان مرتبناً رهنًا حيازياً عقارياً ، فلا شفعة له أيضاً ^(١) . ولكن للمالك الأرض حق الاخذ بالشفعة ، وهو المؤجر أو صاحب الأرض المحكورة أو المدين الراهن

٤٩٣ - ب - العقار المشفوع أرض معدة للبناء : وهنا تتشابه الأرض المعدة للبناء مع الأرض الزراعية في بعض الاحوال . ولا بد من تقرير ضوابط يصح الرجوع اليها لمعرفة ما اذا كانت أرض بناء أو أرض زراعية ^(٢) ولاجل أن تعتبر الأرض أرض بناء أى معدة للبناء يجب أن يتلاحظ ما يأتي :

١ - يجب أن تكون الأرض تابعة لجهة مبنية ^(٣) أو بلد أو قرية ^(٤)

٢ - يجب أن ينظر الى حالة الأرض الحاضرة باعتبارها تابعة لجهة مبنية ، لا الى حالة محتملة لها فيما بعد ^(٥)

٣ - لا عبء بالثمن المقدرة به الأرض ولا بما اذا كان سبق بيعها بالتر أو فقدان ^(٦)

٤ - يكفي الرجوع في ذلك الى خريطة المدينة ^(٧)

٥ - العبء بالحالة الحاضرة الواقعة للأرض ^(٨) لا بالنية التي يمكن أن يتصرف اليها المالك ^(٩)

(١) مجمع القضاء ص ٣٤١ ن ١١٨١ بالنسبة للحكر (٢) ويقول دى هلسان المسئلة موضوعية ترجع لظروف كل حالة خاصة : ج ٣ ص ٢٤٢ ن ٦٤ وهو ما لا تفره عليه (٣) Agglomération bâtie (٤) استئناف م ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ت ق ، ١٨ ، ٣٠٩ وبناء على ذلك قرر القضاء أن فندق مينا هوس Mena House لا يعتبر من الاراضى البنينة التابعة لبلد أو قرية immeuble urbain ما دام انه متصل بالصحرَاء مباشرة . ومن جهة اخرى فانه متصل بأرض زراعية واسعة تغرسها مياه النيل في اوقات الفيضان : استئناف م ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ت ق ، ٢٨ ، ١٥٤ . وهذا الحكم انفي الحكم الابتدائي الذي قضى بأخذ الفندق بالشفعة (٥) الحكم السابق (٦) الحكم السابق — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة في ٩ يونيو سنة ١٩١٥ ، ٣ ، ١١٣ (٧) حكم ١٩ يونيو سنة ١٩١٥ السابق (٨) Destination réelle et objective (٩) استئناف ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ت ق ، ٢٨ ، ٣٠٩ وهو غير الحكم السابق لانه صدر في دعوى اخرى

٤٩٤ - الحالة الثانية . العقار المشفوع من الاراضى غير المبنية أو

غير المعدة للبناء : وهى الاراضى الزراعية . ولا تصح فيها الشفعة الا بعد توافر الشروط الآتية :

أولاً . — يجب هذه المرة أن يكون التلاصق من جهتين للعقار المشفوع فيه ويلاحظ في الالتصاق أن يكون حاصلًا في حدين من حدود العقار المشفوع كالحد البحرى والشرقى لا في قطعتين من حد واحد ^(١) وأن يكون على امتداد يكفى لتبرير الشفعة ^(٢)

ولا يشترط أن يكون الحدان بجانب بعضهما البعض كالحد البحرى والشرقى، أو البحرى والغربى ، بل يكفى التلاصق من جهتين أين كانا ، كالحد البحرى والقبلى ، والشرقى والغربى

ثانياً . — يجب أن تساوى من الثمن الارض المشفوع بها نصف ثمن الارض المشفوعة على الأقل . والفرض من هذا القيد الضرب على أيدي المضاربين الذين يستخدمون الشفعة وسيلة في جلب المغنم لهم بمجرد الجوار البسيط ^(٣) وحتى يمكن القول بأن هناك مبرراً للشفعة في سبيل تسهيل استغلال العقارين على الشفيع ^(٤) ويرجع في التقدير الى وقت الشفعة ^(٥) لا الى الثمن الذى اشترى به العقاران ^(٦) ولا عبء بمساحة العقارين المشفوع والمشفوع به اذ يجوز أن تكون المساحة كبيرة دون أن تناسب مع ثمنها ^(٧)

٤٩٥ — واذا كان العقار المشفوع به مملوكا لجملة شركاء على الشيوع ^(٨)

- (١) دى هلس ج ٣ ص ٢٤٣ ن ٦٨ (٢) ونرى هنا أن المسئلة موضوعية ترجع لظروف كل دعوى على حدة . اذ يحصل أن تكون الارض المشفوعة ذات ثلاث حدود وكان التلاصق كبيراً في حد من الثلاثة وضيئاً جداً في الحد الثانى منها . وعلى كل حال لا بد من التلاصق من حدين — م ت ق ، ١٤ ، ٦١ — ٢٧ ، ١٠٢ — ١٤ ، ٧ و ٧١ — ٣٠ ، ٤٢٨ — حتى زغلول بإخا م ٨٧ (٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٤٤ ن ٧٠ — فوجور ص ٢٩ (٤) استئناف ١٤ مايو سنة ٩١٨ م ت ق ، ٣٠ ، ٤٢٨ — ج ع ٣ ص ١٤٠٢ ن ٤٢٠ (٥) نورجو ص ٢٩ (٦) استئناف ١٤ مايو سنة ٩١٨ م ت ق ، ٣٠ ، ٤٢٨ (٧) دى هلس ج ٣ ص ٢٤٤ ن ٦٩ (٨) Communistes

فهل يجوز للشريك المالك على الشيوع^(١) أن يشفع وحده دون بقية الشركاء؟ له ذلك لأن القانون قرر حق الشفعة للجار المالك بالشرط المقررة دون أن يميز بين الجار المنفرد وحده^(٢) والجار المالك على الشيوع^(٣). وعلى ذلك لا يجوز أن تدفع دعواه بحجة أن شركاه في الملكية لم يدخلوا معه

٤٩٦ — وإذا جاز له حق المطالبة بالشفعة فكيف يحصل تقدير ثمن العقار المشفوع به، حتى يتوافر شرط أن يكون ثمن هذا العقار المشفوع به نصف ثمن العقار المشفوع على الأقل؟ فهل يقدر العقار برمته، أو يقدر نصيب الشفيع فقط؟ نرى أنه مادام قد تقرر له حق الشفعة باعتباره جاراً ولم يقيده بحقه بضرورة وجود شركائه في الملك معه في الشفعة وما دام أنه من طريق آخر مالك على الشيوع، أي له حق في كل جزء من أجزاء العقار المشفوع به، فتصح الشفعة لديه إذا كان ثمن المشفوع به كله مساوياً لنصف ثمن العقار المشفوع، أي لا يشترط أن يكون ثمن نصيبه الشائع نصف ثمن العقار المشفوع^(٤) ومن باب أولى يرجع إلى ثمن العقار المشفوع به كله فيما إذا طلب الشفعة جميع الشركاء على الشيوع^(٥)

٤٩٧ — قلنا إنه يجب أن يكون التجاور أو الملاصقة من حدين. وعلى ذلك إذا وجد فاصل بين العقارين المشفوع به والمشفوع فلا شفعة

والفاصل إما أن يكون فاصلاً عمومياً كالطريق العام أو المصرف العام، وإما فاصلاً خاصاً، كالطريق مملوك للشفيع أو للمشفوع منه أو للبائع، أو مملوك لغيرهم أو كان الفاصل قطعة أرض مملوكة للبائع احتفظ بها لنفسه من الصفقة المبيعة

Propriétaire enclusif (٢) Propriétaire indivis (١)

(٣) استئناف م ٤ يونيو سنة ٩٠٣ م ت ق، ١٥، ٣٤١

(٤) استئناف ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ت ق، ٢٥، ١٣٩. — (ونشر هذا الحكم بالجدول العشري الثالث ج ٣ ص ٤٠٢ ن ٤١٩٧، وذكر به أن الحكم نشر بمجلة التشريع والقضاء بالجلد ٣٠ وصحته بالجلد ٢٥)

(٤) استئناف م ٢ يونيو سنة ٩٠٤ م ت ف، ١٦، ٣١٣، والحكم الابتدائي الذي أيده الاستئناف ملشور أيضاً بنفس العدد والصفحة

فإذا كان الفاصل عاماً طريقاً كان أو مضرراً فلا محل للشفعة ^(١)
 وأما إذا كان الفاصل خاصاً ، طريقاً أو مضرراً ، فهو إما أن يكون مملوكاً للبائع
 أو للشفيع أو للمشتري ، أو للغير . فإذا كان مملوكاً للبائع أو للشفيع صححت الشفعة .
 ولا تصح إذا كان مملوكاً للمشتري أو مملوكاً للغير
 وإذا كان الفاصل قطعة أرض استبقاها البائع واحتفظ بها فلا محل للشفعة إذا
 كان غرض الاحتفاظ جدياً . وإما إذا كان الغرض الإضرار بالشفيع وتعتمد إيجاب
 عقبة في سبيل حق المطالبة بالشفعة ، فتجوز الشفعة ، ولا عبرة بالفاصل الخيالي .
 لأنه نتيجة توافق بين البائع والمشتري ^(٢) تعطيلاً لحق الشفعة . والتواطؤ لا ينشئ
 حقاً ولا يترحقاً ^(٣)

٤٩٨ - وما القول فيما إذا كانت الصفقة تتناول عقارين (أو أكثر) وما
 هو مركز كل من الشفيع من المشفوع منه قبل بيعهما البعض ؟
 الذي نراه أنه إذا فرض وكانت الصفقة تتناول عقارين (تقول عقارين لتسهيل
 عرض المسئلة) فهما إما أن يكونا مبيعين معاً بثمن واحد تناولهما معاً ، وإما أن لكل
 واحد منهما ثمناً خاصاً . وإما أن يكونا متصلين ببعضهما البعض . وإما أن
 يكونا منفصلين . وفي حالة الاتصال إما أن يكون الفاصل فاصلاً عاماً كطريق
 صومى أو مصرف عام ، وإما فاصلاً خاصاً . وفي هذه الحالة الأخيرة إما أن يكون
 الفاصل ملكاً للبائع أو للمشتري أو للشفيع أو لاجنبى عن الثلاثة
 فإن كانا مبيعين معاً بثمن واحد أو بثمنين وكانت نية المشتري منصرفة إلى

(١) فتحى باشا زغلول ص ٨٧ . — دى هلس ج ٣ ص ٢٤٦ ، ن ٧٤ (٢) Fraude
 (٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٧ . — دى هلس ج ٣ ص ٢٤٥ ن ٧٣ . — ج ع ٢ ص
 ٢٧١ ن ٢٨٥٤ و ٢٨٥٦ . — حكمة طنطا الكلية في ١٦ يونيو ١٩١٨ م ز ١ ، ٢٠ ، ٥١
 عدد ٤٣ ، — ج ٣٤ ص ١٨٧ . — وهناك قضاء أهلى قديم كان يقضى بصحة هذه الجهة
 قانوناً : استئناف في ٤ يناير سنة ١٨٩٨ ح ١٤ ص ٥٩ . — مجلة القضاء ، ٥ ، ٢٩٢ —
 وحكم جزئى في ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ ح ١٤ ص ٥٢٩ . وهذا القضاء غير صحيح لأنه يطل
 حق الشفعة وقد أصبح كما قررنا غير مرة حقاً مدنياً محكوماً بالأحكام العامة للقانون المدنى والقوانين
 السنوية بوجه عام . ولذا عدل عنه القضاء كما رأينا

استخدامهما مما لغرض واحد، بحيث يقوته ما ينشده منهما لو سلخ احدهما عن الآخر، فلا يكره المشتري على ترك احدهما بالشفعة، وهو القطعة التي تتوافر فيها حتماً الشفعة. بل يلزم الشفع بالخذ الاثنين. لان ضرر الجوار المحتمل وهو ضرر خيالي أكثر منه حقيقي، لا يوازى الضرر الذي يتحملة المشتري من فوات الغرض الذي يقصده من شراء العقارين معاً

وأما اذا كان من الممكن على المشتري الانتفاع بأحد العقارين ^(١) بدمسلخ الآخر، فالشفعة جائزة في العقار المجاور بالشروط القانونية. وأما بالنسبة للعقار الآخر الباقي فهل يجوز للشفع المطالبة بالشفعة أم لا يجوز له؟ هذا العقار الآخر اما ان يكون منفصلاً عن العقار المشفوع واما مجاوراً. والفاصل اما ان يكون تاماً أو خاصاً الى آخر ما قلناه. والذي نقول به في هذه الاحوال المختلفة انه لا يجوز للشفع المطالبة بالعقار الآخر، لان حق الشفعة حق استثنائي مرهق فلا يجوز الاخذ به خارج دائرته الضيقة المرسومة له ^(٢)

٤٩٩ — الحارث الثالث: ان يكون للجار المالك حق ارتفاق على العقار

المشفوع، أو العكس. وشروط هذه الحالة ما يأتي:

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩١ — استئناف ١٦ فبراير سنة ٩٠٧ المحاكم ٢٠ ص ٤٢٢٦ — الاستقلال ٦ ص ٢٤٤

(٢) استئناف م ١٠ فبراير سنة ١٨٩٢ م ث ق ٤٠، ١٣٤، ج ١ ص ٢٥٤ ن ٣١٨٩. — دى مجلس ج ٢ ص ٢٤٤ ن ٧١ مع ملاحظة انه ورد ببنيّة دى مجلس المذكورة ان الحكم منشور بالمجلد ٦ وصحته (٤) واذا كان العقار المشفوع مبيناً مع الاخر شفعة واحدة وبشمن واحد فيمكن تقويه بمفرده بنسبة العقارات الاخرى *la ventilation* استئناف ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦ عدد ٦٥ — على ان دى مجلس ج ٣ ص ٢٤٥ ن ٧٢، لا يرى مع ذلك الاخذ بالقاعدة بوجه عام الا اذا كانت هناك ارض فاصلة بين العقارين المبينين وكان هذا الفاصل مملوكاً لغير أو لاتباع نفسه وكان العقاران المبينان قايدين لنوع واحد من الزراعة. أما اذا كان الفاصل قناة رى ولو كان تاماً فانه لا يعتبر فاصلاً ما دام انه قائم بين عقارين مملوكين للمالك واحد. وكذلك الحال فيما اذا كان الفاصل طريقاً عاماً. أما نحن فانا لا نقر دى مجلس على هذا الرأى للاسباب التي بيناها — أنظر فتحى باشا زغلول ص ٩١ — ٩٢

أولاً . — ان يكون الشفيع جاراً . ولا يشترط في الجوار ان يكون من حدين كما في الاراضى الزراعية . بل يكفي ان يكون الجوار بالملاصقة في أى مكان من العقار المشفوع ^(١) ، سواء كان هذا العقار أرضاً مبنية أو أرضاً معدة للبناء أو أرضاً زراعية

ثانياً . — يجب ان يكون الجار مالكا بالمعنى الذى أوضحناه في المالك الجار في الحالتين السابقتين . وعبرة المالك هذه مستفادة من النص الفرنسى للسادة الاولى حيث ورد بها « المالك الجار » ^(٢) ولم ترد بالنص المبنى كلمة المالك وهو نقص في الترجمة

ثالثاً . — يجب ان يكون للعقار المشفوع حق ارتفاق على العقار المشفوع به ، أو العكس . أى يكون للعقار المشفوع به حق ارتفاق على المشفوع ، كحق المرور أو حق الرى أى وجود مسقاة بأحد العقارين في خدمة الآخر ^(٣) وان يكون حق ارتفاق موجوداً قبل ظهور حق الشفعة . وعلة الشفعة في حالة ما اذا كان العقار المشفوع به هو المرتفق به أى المحمل بالارتفاق علة ظاهرة . لان الشفعة تعتبر في هذه الحالة وسيلة في زوال حق الارتفاق ومضايقاته اذا اجتمع العقاران ، المشفوع به والمشفوع ، في يد واحدة ، حيث لا ارتفاق للمالك على عقاره . وهذا التشريع من جانب الشارع ظاهر الفائدة

اذا علم ذلك فما هى الحسنة من تقرير حق الشفعة في حالة ما اذا كان العقار المشفوع به هو العقار المرتفق ، أى المنتفع بالارتفاق ، والعقار المشفوع هو

(١) فتحى زغلول باشا ص ٨٨ . استئناف م ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ت ق ، ٢٤٤ ، ٢٢

(٢) Propriétaire voisin

(٣) ويراد بحق الارتفاق الارتفاق الذى تقرر ليكون في مصلحة أحد العقارين . وعلى ذلك لاشعة فيما اذا كان لكل عقار نظام خاص بالرى ، وفصل المقارات عن بعضها البعض بقناة رى لتكون قاصدا بينهما وليستخدما كل من المالكين تسهلا لرى لها معاً ، دون ان يكون أحد المالكين ملتزماً بالتزام ما : ع ٣ ص ٤٠٣ ن ٤٢٠٥ و ٤٢ — استئناف م ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ت ق ، ٢٢١ ، ٢٢

العقار المرتفق به ، ما دام ان بيع العقار المشفوع لا يؤثر على حق الارتفاق المحمل به ؟ لعل الحكمة ان الشارع يرغب في جمع العقارين بيد واحدة حتى يتمكن صاحب العقار المرتفق ، وهو الشفيع ، من الانتفاع بحق الارتفاق انتفاعاً كاملاً باعتبار ما لكاً منفرداً للعقارين بدلاً من تركه على حالته الاولى التي يعتبر فيها كأنه مالك شريك وفي هذه الحالة تصبح حقوقه منتقصة ^(١)

فاذا لم تتوافر هذه الشروط الثلاثة فلا شفعة . وعلى ذلك لا يجوز لصاحب العقار المرتفق أو المرتفق به المطالبة بحق الشفعة ، اذا كان غير ملاصق للعقار المشفوع ^(٢) وأما رأى القائل بجواز الشفعة دون شرط الملاصقة ^(٣) فهو في نظرنا غير صحيح لان نص القانون صريح في شرط الجوار . ولا جوار بلا ملاصقة في مسائل الشفعة ^(٤)

وما دام ان حق الارتفاق ، فيما اذا كان العقار المشفوع هو العقار المرتفق أى المنتفع بالارتفاق ، هو السبب القانون للشفعة ، مع توافر الشروط القانونية الاخرى ، فانه يجوز للمشتري ان يتنازل عن حق الارتفاق المقرر له ، وبذا يزول حق الشفعة ، فلا تقبل دعوى الشفيع وقتئذ ^(٥)

٥ - في تراحم الشفعة

٥٠٠ - قد يقع كثيراً ما يقع ان يتعدد الشفعة . فبدلاً من ان يكون الشفيع واحداً يكون أكثر من واحد . والشفعاء مع تراحمهم اما ان يكونوا من طبقة واحدة كجمله جيران يطلبون عقاراً واحداً بالشفعة ، أو من طبقات

(١) دى هلس ج ٣ من ٢٤٨ ن ٧٩ (٢) قضي باشا زغلول ص ٨٨ - دى هلس ج ٣ من ٢٤٨ ن ٨١ (٣) استئناف م ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ت ق ، ١٤ ، ١٦٤ - م د م ، ٢٧ ، ١٦٦ (٤) ويستند هذا القضاء الذى يخالفه الى ان قانون الشفعة لم يشترط في حالة الارتفاق شرط الملاصقة التي اشترطها في حدين في الاراضى الزراعية وحد واحد أو نقطة من حد في اراضى البناء : حكم ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ المذكور (٥) دى هلس ج ٣ من ٢٤٨ ن ٨٠ - استئناف ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامات ، ٢ ص ١٨٢ رقم ٥٥ - استئناف م ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ت ق ، ٣١ ، ٢٨١

مختلفة كشریک فی العقار المبیع یطالب بالشفعة علی الجار المالك . ولكل من الحالتین أحكام خاصة

١ - المزاحمون من طبقات مختلفة

٥٠١ - اذا كان المزاحمون من طبقات مختلفة یراعی الترتیب الذی ورد بالمادة ٧ أى یراعی الترتیب الآتى : أولاً مالك الرقة فی حالة بیع حق الانتفاع ثانياً - الشریك فی العقار المبیع علی المشاع . ثالثاً - صاحب حق الانتفاع فی العقار المبیع . رابعاً - الجار المالك سواء كان جاراً بشروط الجوار لارض بناء أو أرض زراعية ، أو جاراً لعقاره أو علی عقاره حق ارتفاق العقار أو علی العقار المشفوع . وبهذا الترتیب تقرّب درجة الافضلية بین الشفعاء . بحيث من كان فی المرتبة الثانية مثلاً لا یتقدم علی من هو فی المرتبة الاولى . بل یبقی كل محتفظاً بدرجةه لا یتقدمه من دونه ولا یزاحمه فی حقه ولا یتقاسم معه فیہ . وأما من یرك مرتبته من هؤلاء الشفعاء ولم یطالب بحق الشفعة فیاثی بعده من یتلوه مباشرة فی الدرجة التالية ویطالب بالشفعة فی العقار المشفوع كله

واذا فرض وكان المشتري للعقار المشفوع من ضمن الشفعاء طبقاً للمادة الاولى فانه یجب أن یراعی فیہ أيضاً حکم المادة ٧ المذكورة من حیث رتبته فی الشفعة . وفی ذلك تقول المادة ٨ ما یأتی : « ینبذ حق الشفعة وتراعی الأحكام المقررة فی المادة السابقة فیما یتعلق بالاولوية ولو كان المشتري حائزاً لما یجمله شفیعاً باعتبار ما ذکر فی المادة الاولى » بمعنى أنه اذا فرض وكان المشتري شریکاً للبائع ووجد مع ذاك جار ملاصق للبيت المباع وجب اعتبار المشتري شفیعاً بجانب الجار الشفیع . وبما أن الاولوية للشریك علی الجار وجب تفضیل المشتري علی الجار . بمعنى أن العقار یبقی فی مال المشتري دون الحاجة الى اجراءات الشفعة التی لا یمكن حصولها منه فی مواجهته بالذات باعتباره شفیعاً ومشترياً فی آن واحد (١)

(١) - ولكن هل يجوز له التخلی عن رتبته فی الشفعة ، الامر الذی یترتب علیه حصر حق

ب — المزاحمون من طبقة واحدة

٥٠٢ — حكم تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة نصت عليه المادة ٧ في آخرها بما يأتي : « فإذا تعدد ^(١) مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه ^(٢) وإذا تعدد الجيران يقدم منهم ^(٣) من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره ^(٤) بمعنى أنه إذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة وجب تقسيم العقار المشفوع بينهم بنسبة أنصباهم . وعلى ذلك :

إذا فرض وتزاحم من لهم المرتبة الاولى من الشفعاء وهم طائفة مالكي الرقبة بان فرض وكان العقار لثلاثة . مالكا رقبة وصاحب حق انتفاع واحد . وباع المنتفع حقه ، صحت الشفعة للمالكي الرقبة ، ووجب تقسيم حق الانتفاع المشفوع عليهما بنسبة نصيبهما ، فإذا فرض وكان لاحد مالكي الرقبة الثلث وللآخر الثلثان أخذ الاول منهما ثلث حق الانتفاع في العقار كله واختص الآخر بثلثي الانتفاع بالعقار

وإذا تزاحم الشركاء وهم أصحاب المرتبة الثانية اتبعت القاعدة المتقدمة . فإذا

الشفعة في الجار الملاصق وقيام الجار بأجراءات الشفعة في مواجهة المشتري والبائع ؟ ان القول بان الجار شفعي في المرتبة الثانية بالنسبة للشريك (وهو المشتري) قول صحيح مقبول . ولكن الذي لا يقبل بسهولة القول بجواز تحلي المشتري عن حق الشفعة . اذ كيف يحصل ذلك التخلي ، وما هي آثاره وعلاماته الدالة عليه ، مع ان المشتري هذا منفي من اجراءات الشفعة بحكم استحالة حصولها منه في مواجهة نفسه . أي لا يمكن عقلا القول بصدور أعمال من جاب المشتري تدل على تنازله الصريح أو الضمني في الوقت الذي يصبح في آن واحد لحظة خيالية واحدة مشتريا ومالكا بالشفعة بلا اجراءات . اذ الملكية تثبت لديه بالتعاقد والتسجيل وبالشفعة : كل ذلك في لحظة أقصر من لمح البصر بحيث يحصل تأكيد الملكية لديه بالشفعة عقب التسجيل حالا وبلا زمن يفهم منه امكان القيام بأى عمل أو اشارة ما . — اذا علم ذلك أمكن القول بعدم جواز صحة القول بتنازل المشتري عن حقه في الشفعة . أما اذا أريد نقل ملكية العقار الى الشفعي من الدرجة التالية فلا بد من تعاقد عاوى مع تسجيله لنقل الملكية

Dans la proportion de ses droits (٢) Concours (١)

un plus grand avantage (٤) La préférence appartient à celui (٣)

فرض وكان هناك عقار مملوك لثلاثة على الشيوع ، لاولهما فيه النصف ولكل من الآخرين الربع وبيع أحد الآخرين نصيبه ، قسم الربع المباع على صاحب النصف وصاحب الربع الآخر ، فيأخذ أولهما ضعف ما يأخذ الآخر ، أى يأخذ السدس $(\frac{1}{2} \div 3) \times 2 = \frac{1}{3} \times 2 = \frac{2}{3} = \frac{4}{6}$ ، ويأخذ الآخر نصف السدس أى $\frac{1}{6}$ من العقار

وإذا تزاحم أصحاب الارتفاع وهم من ذوى المرتبة الثالثة طبقت عليهم القاعدة السابقة أيضاً . فإذا فرض وكان هناك عقار لثلاثة ، منتفعان ومالك رقة ، وبيع هذا الأخير حقه فى الرقة ، قسم هذا الحق على المنتفعين . فإذا كان لاحد المنتفعين الثلثان وللآخر الثلث الباقى أصبح المنتفع بالثلثين مالكا للرقة فى ثلثى العقار ، وللآخر الثلث الباقى من رقة العقار.

وإذا تزاحم الجيران وهم أهل المرتبة الرابعة فإن الشارع خالف القاعدة المتقدمة وأبى تقسيم العقار المبيع عليهم بنسبة حصصهم ، ورأى أن يجعل العقار المشفوع لمن تبين له مصالحة ظاهرة فى الاستئثار وحده بالعقار . فإذا وجد جاران شفيعان لبیت فضل من كان جواره أكبر ، كأن يفضل من يحد العقار المشفوع من حدين على من يحد فى حد . وإذا اتحد الجاران فى قيمة الحدود وكان لاحدهما حق ارتفاق على العقار المشفوع ، أو كان لهذا العقار حق ارتفاق على عقار الجار ، فضل من له أو عليه حق الارتفاق على الجار الآخر . والمسألة موضوعية متروكة لظروف الدعوى وتقدير المنفعة

٥٠٣ — ويحصل أن يتعذر التفضيل اذا تساوت مصلحة الجيران . وهنا قال رأى مجواز تقسيم العقار المشفوع على الجيران الشفعاء ، برغم أن المادة ٨ لم تحكم الا بالفضلية لواحد دون الباقيين كما يفهم من صيغتها (راجع على الاخص النص الفرنسى ^(١)) وحجته أن هذا رأى يقره العقل ويوافق ما قرره قانون الشفعة فى بعض مناحيه من جواز تقسيم العقار المشاع على من تساوا فى اعتبارات

واحدة^(١) وإن فقهاء الشريعة الإسلامية أباحوا قسمة العقار على الجيران^(٢) ورأى يقول بعدم جواز قسمة العقار على الشفعة لأن صيغة المادة ٧ المذكورة وردت بالمفرد لا بالجمع ولأن الشارع أراد بهذه الصيغة مخالفة ما قرره فقهاء الشريعة. ولأنه ليس من المستحيل على القاضى المنور على ظرف من ظروف الدعوى ترجيح معه كفة المصلحة لأحد الجيران على الآخرين^(٣) وإذا كان أحد الجيران هو المشتري نفسه وجب من باب أولى تفضيله على بقية الجيران^(٤) لأنه فى حالة الشك يجب تفسير القانون لمصلحة واضع اليد وهو المشتري أخذاً بالقاعدة الرومانية القائلة بأنه إذا تساوى الخصمان فضل واضع اليد^(٥) وهذا هو ما تقره لأنه يتمشى مع روح المادة ٧ ولأنه بهذا رأى يوجز الاشكال ويقضى بالعقار المشفوع لجار واحد دون تقسيمه

٥٠٤ — وإذا كان عدد الشفعة أكثر من واحد ومن طبقة واحدة وشفع بعضهم دون البعض الآخر، صح لمن شفّع منهم المطالبة بالعقار المشفوع كله دون أن يكره، عل أن لا يأخذ إلا نصيبه^(٦) وزى أن يقسم عليهم طبقاً لانصيبهم لا على عدد رؤوسهم^(٧) وإذا فرض وشفع الكل ولكن سقط حق أحدهم لقيامه بالأجراء القانونية بعد الميعاد المضروب فهل يجوز مع ذلك لبقية الشفعة أن يشفعوا فى نصيب من سقط حقه فيه؟ أجاب القضاء بالإيجاب^(٨)

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٥٢ ن ٩٠ (٢) استئناف م ٢١ أبريل سنة ٩٠٤ م ت ق، ٢٠٥، ١٦ (٣) فورجور م ٣٥ — استئناف م ١٦ يونيو سنة ٩٠٤ م ت ق، ١٦، ٣٣١ — ٣١ مايو سنة ٩٠٦، ١٨، ٤١٦ (٤) ٢١ أبريل سنة ٩٠٤، ١٦، ٢٠٥ — ٢ ديسمبر سنة ٩٠٦، ١٩، ٤١ — ٧ مارس سنة ٩٠٧، ١٩، ١٦٩ — ١٦ مايو سنة ٩٠٧، ١٩، ٢٦٣ — دى مجلس ج ٣ ص ٢٥٢ و ٢٥٣ ن ٩٢ و ٩١
(٥) *in pari causa melior est causa possidentis* : استئناف م ١٦ يونيو سنة ٩٠٤ السابق الذكر وهو المؤيد للحكم الابتدائى الصادر فى ١٠ مايو سنة ٩٠٤ والمنشور بالجلد نفسه ١٦، ٣٣١ (٦) مصر الكلية فى ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٩ ح ١٤ ص ٣٣٩
(٧) عكس ذلك حكم ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٩ المتقدم. ويلاحظ أنه صدر قبل صدور قانون الشفعة الذى قرر قاعدة القسمة بالرجوع للانصباب للأرؤس، بالمادة ٧ (٨) استئناف م ٢١ مايو سنة ٩٠٨، ٢٠، ٢٤٣

٥٠٥ — وإذا كان المشتري نفسه ممن يجوز لهم الاخذ بالشفعة ، فيما اذا لم يكن مشترياً ، أى اذا كان المشتري من ضمن الشفعاء من طبقة واحدة ، فهو إما أن يكون من إحدى الطبقات الثلاثة الميينة بالمادة ٧ ، أى من طبقة ملاك الرقة والشركاء على المشاع وأصحاب حق الارتفاق . وإما أن يكون من الطبقة الرابعة وهى طبقة الجيران

٥٠٦ — وقد رأينا حكم المادة ٧ بشأن المزاحين فيما اذا كانوا من طبقات مختلفة . وقلنا ان الاولوية فى الطبقات الثلاثة الاولى من المادة ٧ لمن كان الاول فى المرتبة . وأن الاولوية فى الطبقة الرابعة ، طبقة الجيران ، لمن كان المقار المشفوع أصلىح له مهما قيل بتعادل المصلحة بين الجيران ، لانه لا بد وأن يكون لاحدهم منفعة أظهر عن غيره . ثم رأينا حكم المادة ٨ وهو تقدير الافضلية للمشتري اذا كان معتبراً شقيقاً وكان فى مرتبة متقدمة على مرتبة المزاحين له . وإذا كان حكم المادة ٨ هو كما رأينا فى حالة اعتبار المشتري شقيقاً ، وأنه من مرتبة أرق من مرتبة المزاحين ، وإن له الاولوية عليهم ، فما هو اذ الحكم فيما اذا كان المشتري هذه المرة من طبقة واحدة مع مزاحين له من طبقته ، أى كان المشتري والمزاحين من مرتبة واحدة ؟ فهل يؤخذ هنا بقاعدة التقسيم التى قالت بها المادة ٧ فى قولها « فاذا تمدد مالكو الرقة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » وعلى ذلك لا يشفع المزاحون للمشتري الا فى جزء من المقار بقدر نصيبهم فيه وأن الجزء الباقي المناسب لنصيب المشتري يبقى تحت يده باعتباره شقيقاً ؟ أم يؤخذ من طريق القياس بالمادة ٨ المذكورة وتقرير الاولوية للمشتري ، مع أن الاولوية هذه لم يقل بها القانون الا فى حالة وجوب الاخذ بها ، وهى عند اختلاف مراتب الشفعاء . اذ يقضى بالاولوية لمن كان فى المرتبة الاولى . واذا تساوى اصحاب الاولوية ، أى كانوا فى مرتبة واحدة فلا وجه لتفضيل البعض على البعض الآخر بل يجب التسوية بينهم فيقيم المقار المشفوع عليهم بنسبة أنصبتهم . ولم يشذ القانون عن قاعدة القسمة التناسبية الا فى حالة

الجبران. اذ ولو أنهم في مرتبة واحدة، الا أن الشارع رأى الافضل الحكم بالعقار لمن كان العقار أصلاً له مهما قيل بالتعادل في المنفعة ولكن القضاء المصري لم يشأ الاخذ بقاعدة القسمة التناسبية المقررة بالمادة ٧، ورأى الاخذ بالمادة ٨ من طريق القياس^(١) وقضى بالاولوية للمشتري اذا زاحمه مزاحمون من طبقة واحدة معه. وحجته في ذلك ما يأتي :

١. — «... ان المادة ٧ من قانون الشفعة وضعت قاعدة الاولوية والتقسيم عند تعدد الشفعاء، وظاهر منها أنها لا تنطبق الا بين الشفعاء الذين استوفوا اجراءات الشفعة طلباً وعرضاً ودعوى في المواعيد. ويخرج عن تناولها الكلام في المناضلة أو المشاركة عند ما يتنازع الشفيع والمشتري الحائز لوجه من وجوه الشفعة المبينة في المادة الاولى من القانون» وأن المادة ٨ قررت الأولوية للمشتري الموجود في مرتبة أرقى من مرتبة المزاحمين له

٢. — ان العلة التي بنيت عليها قاعدة التقسيم المقررة بالمادة ٧ منتفية في حالة وجود المشتري مع مزاحمين له والكل في مرتبة واحدة. «اذ أنه اذا جاز التقسيم بين الشفعاء لعدم وجود وجه لتفضيل أحدهم على الباقي، ولان الاذى بالشريك الجديد يدركهم جميعاً، فلا وجه لتقسيم بين الشفيع بالشركة والمشتري الشريك لان الاذى منتف»

٣. — ان في تعامل المشتري مع المالك يعتبر وجه تفضيل لهذا المشتري على غيره ممن هم في درجته^(٢)

٤. — ان الشفعة حق استثنائي لا بد من الدقة في اثباته، ويجب رفض الشفعة اذا شابها شك وعلى الاخص اذا جاء الجار ومطالب بالشفعة ضد الجار الشفيع أيضاً واحتج بأن العقار أصلاً له^(٣)

وانا لا نقر هذا القضاء المصري أهلياً أو مختلطاً للاسباب الآتية :

(١) محكمة طنطا الكلية في ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحللة ١ ص ٣٤٠ رقم ٦٢

(٢) منه هي أسباب القضاء الاهلي (٣) استئناف ١٢ ابريل سنة ١٩١٣، ٢٥،

٢٧٠ وهو حكم مكتوب باللغة الإيطالية وفي ثمانية اسطر فقط

١. — يقول القضاء أن الاولوية المقررة بالمادة ٧ خاصة فقط بالشفعاء الذين قاموا فعلاً بإجراءات المطالبة بالشفعة . والاولوية المقررة بالمادة ٨ خاصة بالحالة الثانية فيما اذا كان أحد الشفعاء هو المشتري . وأن التقسيم التناسبي المنصوص عنه بالمادة ٧ بين الشفعاء من مرتبة واحدة خاص بحالة الشفعاء المطالبين فعلاً بالشفعة أي الذين قاموا بإجراءاتها . وأما اذا كان من بين الشفعاء من المرتبة الواحدة واحد مشتري ، أي له الشفعة دون الحاجة بالقيام بإجراءاتها ، فانه لا محل للتقسيم التناسبي ، بل يقضى للمشتري قياساً على الاولوية المقضى بها فيما اذا كان المزاحمون من مراتب مختلفة وكان المشتري بالمرتبة الاولى ، لان علة التقسيم انتفاء مبرر الاولوية ، لان المشتري أجنبي . وأما اذا كان غير أجنبي وكان منهم فلا مبرر للتقسيم ، بل يقضى للمشتري بالاولوية لان في تعامله مع البائع بالشراء دون الآخرين معنى تفضيله عليهم

وهذا القول لا تقره من حيث تقرير الاولوية للمشتري الموجود في مرتبة واحدة مع المزاحمين . لان الاولوية المقضى بها بالمادة ٨ في حالة مزاحم الشفعاء من مراتب مختلفة ، وفي حالة وجود المشتري من بينهم ، هي نفس الاولوية المقضى بها بنفس المادة ٧ عند ما رتبت الشفعاء تبعاً لدرجاتهم لخطتهم أربعة ، يفضل المتقدم منهم المتأخر عليه ، مع مراعاة ما تقرر خاصة بحالة الجيران . فلم تأت المادة ٨ بحكم جديد لم تقره المادة ٧ . نعم وان كان يفهم من المادة ٧ انها خاصة بحالة الشفعاء الذين طالبوا فعلاً بالشفعة ، وان الاولوية المقررة بها هي خاصة بهذه الحالة فقط ، وان المادة ٨ جاءت وقررت الاولوية في حالة ما اذا كانت من بين الشفعاء من لم يتم بإجراءات الشفعة ، وهو المشتري ، الا أنه اذا لم توجد المادة ٨ فالاولوية المقررة بها مستفادة أيضاً من روح المادة ٧ . إذ الاولوية مقصودة بتقدم المرتبة سواء كان صاحب المرتبة الاولى شقيقاً قام بإجراءات الشفعة ، أو شقيقاً لم يتم بها وهو المشتري . وعلة الاولوية في المادتين ٧ و ٨ هي تقدم المرتبة . واذا انتفت العلة انتفى معلولها أيضاً . فاذا تساوى الشفعاء في المرتبة الواحدة اصبح

الحكم بالأولوية من المسائل الدقيقة التي لا يصح الخروج عن أحوالها المعينة .
فأين المسوغ للأولوية في حالة وجود الشفعة من مرتبة واحدة ؟ ان كانوا جيراناً
قضينا بحكم المادة ٧ أى بالحكم بالشفعة لمن كان العقار المشفوع أصلح له من
الآخرين . وان كانوا من احدى الطبقات الثلاثة الاخرى قضينا بالتقسيم
التناسبي . وأما القول في أن في شراء المشتري وحده دون الآخرين معنى لوجه
أفضليته على زملائه فهو توسيع لم يقل به القانون . ولا يجوز أن يقال به . والا
لوصح الاخذ به في مجموعه وتقرر بان يكفي للحصول الشراء من أحد الشفعاء
حتى يفضل المشتري بذلك بقية الآخرين ، لترتب على ذلك هدم حكم الأولوية
المقرر بالمادتين ٧ و ٨ ، بل وهدم التقسيم التناسبي المقرر بالمادة ٧

٢ - ان التقسيم التناسبي حق مستفاد من قانون الشفعة بالذات ، ومستفاد
من القواعد العامة . لانه اذا فرض ووجد عقار مملوك لشركاء ثلاثة مثالة وبيع
أحدهم نصيبه لأحد الشريكين ، فانه يترتب في الحال بمجرد حصول البيع حق
مقرر لكل من المشتري والشريك الثالث الباقي ، وهو حق الشفعة . أما حق
المشتري في الشفعة فظاهر اذ يبقى جزء من القدر المبيع بيده بسبب الشفعة . وأما
الجزء الآخر فهو حق الشريك الثالث . ولا يزول هذا الحق عن صاحبه الا باحد
الأسباب القانونية المقررة اما بقانون الشفعة واما بالقواعد العامة .

واما والقول بزواله بالأفضلية الناشئة عن تعامل المشتري دون الشريكين
الآخرين فهو قول لا يؤيده نص قانوني ولا تؤيده القواعد العامة . وان قيل بأن
شرعية حق الشفعة درء الضرر ، ولا ضرر حيث لم يدخل في الشيوع أجنبي ، بل
دخله شريك أصلي ، لقلنا بأن الشفعة مقررة للشريك بوجه عام طبقاً لعادة الاولى
وبأن الضرر قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلاً عكسياً كما قرنا

٣- وأما القول بأنه في حالة النص يفسر القانون لمصلحة المشتري واضع اليد أخذاً
بالقاعدة الرومانية المعروفة « اذا تساوت حالة المصوم فضل واضع اليد الحاضر » (١)

فليس هذا محله هنا ، لانه لا شك ولا غموض بل حق الشفيع الشريك صريح لا شائبة فيه

(٥) في المشفوع منه

٥٠٧ - لدعوى الشفعة ثلاثة أشخاص : الشفيع وهو المدعى . والمشفوع منهما وهما المشتري والبائع المدعى عليهما . وقد تكلمنا عن أولهم . ويبقى التكلم الآن على الآخرين

١ - البائع

٥٠٨ - ان بمجرد تمام الصفقة بين البائع والمشتري ينفض البائع يده من العقار ويصبح المشتري المخلص في الحقيقة في دعوى الشفعة ويزول على الاخص أثر البائع ، ويصبح ولا مصلحة له في دعوى الشفعة اذا قبض الثمن من المشتري . ولكن القانون برغم ذلك يقرر ضرورة اعتباره خصما في دعوى الشفعة وفي اجراءاتها (المادة ١٤ و ١٥) بحيث اذا لم يحصل ابداء الرغبة له في الميعاد القانوني ولم تحصل مخاصمته في دعوى الشفعة ، تبطل دعوى الشفعة ويسقط حق الشفيع . ولكن اذا انتفت حكمة وجوده في الدعوى في حالة كان هناك أحوال عدة لا بد أن يكون خصما فيها لوجود مصلحة له ظاهرة بها ، كما اذا طعن في كيان العقد بيد المشتري فقال الشفيع بأنه يبيع وقال المشتري بأنه هبة ، اذ من مصلحة البائع اقامة الدليل على ان العقد هبة لانه يعتبر واهباً . وكما اذا طعن في صورية الثمن من جانب الشفيع فقال بأن الثمن المبين بالعقد أكثر من الثمن الحقيقي المتفق عليه في الخفاء . وكما اذا كان الثمن لم يدفع كله وتبقى عليه جزء لميعاد معين ، أو كان الثمن مقسطاً ، اذ الشفيع لا يستفيد من تأخير الوفاء بالثمن وتقسيطه ويجب عليه ان يدفعه برمته وفي الحال للبائع (المادة ١٣) . ولعل في ضرورة ادخال البائع خصما في الشفعة اجراءات ودعوى صلة بهذه القاعدة الهامة التي قررها قانون الشفعة اذ جعل من

تتأج الحكم بالشفعة خروج المشتري من الصفقة وحلول الشفيع محله (المادة ١٤) الامر الذي يترتب عليه حتما اعتبار البائع بائعاً لمن حل محل المشتري ، أى التزام البائع بالالتزامات الناشئة عن البيع أمام الشفيع ، كالتزام الضمان وغيره . وقد يمكن الاعتراض على ذلك في أن البائع لا يهتم أن يكون المشتري منه زيد أو بكرأ مادام أن الالتزامات المترتبة على البيع واحدة ، وما دام أنه من المقرر في الاوقات الحاضرة أن العقود ليست شخصية ولا يعول على أشخاص المتعاقدين ، الا في العقود الخاصة بأشخاصهم كعقد ايجار الاشخاص . وأنه على ذلك لا محل لوجود البائع خصماً اذ يستوى لديه أن يكون المشتري الاصلى أو الشفيع هو المشتري الحقيقي منه . نعم ان صح هذا الاعتراض في ظاهره الا انه قد يلح أن الشارع رأى ضرورة وجود البائع في الدعوى حتى يتبين هذا الاخير مبلغ ما يحيط به من ظروف كانت مجهولة لديه وحتى يعلم مع من سيكون بائعاً له . وان صح القول بأن الاعتبارات الشخصية قد زالت في الاوقات الحاضرة من أنواع التعاقد الا ما شذ منها كما ذكرنا ، الا أنه يستحيل أن يزول أثر هذه الاعتبارات بين المتعاقدين ، وعلى الاخص اذا كان من شأن التعاقد جعل أحد المتعاقدين مديناً بديون يدفعها في المستقبل على أقساط . اذ لا شبهة في أن للاعتبارات الشخصية هنا دخلاً كبيراً . (مثال ذلك التحويل في القانون الاهلى والمادة ٣٤٩ مدنى) ويترب على ضرورة وجود البائع خصماً أن يتأثر الاختصاص في الاجراءات والدعوى ، اذ تصبح الدعوى من اختصاص القضاء المختلط اذا كان البائع أجنبياً^(١) وفي هذه الحالة يجب أن يكون اظهار الرغبة أيضاً على يد محضر من محضرى المحاكم المختلطة

واذا صدر الحكم بالشفعة زال أثر المشتري بعد ان يقبض الثمن كله أو بعضه من الشفيع فيما اذا سبق له دفعه كله أو بعضه . ويزول أثره أيضاً اذا لم يدفع شيئاً ما

(١) طظنا استئناف ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ ش، ٢ من ٤٨ رقم ٥٣ — دى هلس ج ٢ ن

اذ يصبح المشتري الحقيقي هو الشفيع . وهنا تسرى أحكام البيع بين الطرفين من حيث الالتزامات والحقوق المترتبة على البيع في ذمة كل من الطرفين قبل الآخر

٢ - في المشتري

١ - المشتري والحيل

٥٠٩ - رأينا ما قام من الخلاف في صحة الحيل في الشفعة وعدم صحتها وقلنا بأنه ما دام حق الشفعة قد أصبح حقاً مقررأ بالقانون فهو لا بد محكوم وعمر بالقواعد القانونية العامة . وعلى ذلك لا تجوز الحيل فيه

ب - عقد المشتري

٥١٠ - لا تجوز الشفعة الا في البيع . وهذا ما يستفاد ضمناً من المادة ٥ حيث قررت « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا بمن تملك بغير المباينة » فاذا كان عقد المشتري غير عقد بيع فلا تصح الشفعة فيه . وعلى ذلك نرى التكلم هنا على نوعين من العقود : عقد البيع ، والعقود الاخرى خلاف عقد البيع

ج - عقد البيع

٥١١ - عقد البيع هذا وهو الذي تصح فيه الشفعة له صور وحالات مختلفة . ونرى ضرورة استعراضها الآن حتى نعلم مبلغ أثر هذه الصور والحالات في حق الشفعة

عقد المشتري غير المسجل : قلنا ان الشفعة جائزة فيما اذا كان عقد الشفيع لم يتسجل بعد . وعللنا ذلك بأن التسجيل لم يؤثر على عقد البيع وأحكامه القانونية الا فيما يتعلق فقط بنقل الملكية . ونقول هنا بشأن عقد المشتري الذي لم يتسجل أن الشفعة جائزة أيضاً قياساً على ما قررناه هناك . ولكن نظراً لصدور احكام متناقضة بشأن الشفعة في حالة عدم تسجيل عقد المشتري نرى أن الفرصة سانحة هنا على الاكثر في بيان صحة وجهة النظر التي ارضيناها في القول بجواز الشفعة

عند عدم تسجيل عقد المشتري . وإن كان ما يأتي من القول يتعلق بقانون التسجيل الجديد ورعي يكون مكانه هناك أكثر التصاقاً ومناسبة ، إلا أننا رأينا مع ذلك شرح هذه النظرية في الشفعة لمناسبة الاحكام المتناقضة المذكورة قلنا ان الشفعة جائزة على المشتري الذي لم يسجل عقده . وقد أيدنا القضاء في ذلك في ثلاثة أحكام صدرت منه للآن^(١) . أما أدلتنا على صحة الرأي الذي نقول به فهي تتعلق بقانون التسجيل في ذاته ، وبحق الشفعة في ذاته أيضاً

٥١٢ - الردالة التي تتعلق بقانون التسجيل : لا تقيض القول هنا ، بل نحيل الى ما كتبناه بشأن قانون التسجيل فيما يتعلق بنقل الملكية الناشئ عن التسجيل ، وما يترتب على عدم التسجيل من الالتزامات الشخصية سواء كانت هذه الالتزامات خاصة بالتمويض عند استحالة الوفاء ، أو خاصة بأكرام البائع على الوفاء به اذا كان ذلك غير مستحيل ولا يتعارض مع الحرية الشخصية . ونرى أن نوجز القول هنا بما يأتي :

١ - ان التسجيل لا يؤثر على عقد البيع في ذاته ، ولم يغير أحكامه القانونية . وعقد البيع عقد رضائي يتم بالايجاب والقبول . ولم يصبح بالتسجيل عقداً شكلياً . انما التسجيل أثر فقط في نقل الملكية . اذ جعل نقلها معقوداً بمحصله أى حصول التسجيل . فاذا لم يحصل التسجيل فالملكية باقية على البائع . ولذا نقول ان نقل الملكية ذاته هو الذي أصبح شكلياً فقط دون بقية الاحكام الاخرى المترتبة على البيع ، بحيث لا يملك القاضى نفسه الحق في نقل الملكية بحكم يصدر منه ، بل لابد من القيام بالعملية الشكلية وهي حتمية حتى يحصل نقل الملكية ، وهي عملية

(١) محكمة المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ، ٥ ، ص ٦٩١ عدد ٥٦٧ - م ر ١ ، ٢٦ ص ٨٢ رقم ٤٦ « حكم ٣ » واسيوط بحكم استئنافي في ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ ومصر بحكم استئنافي في ٢ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية المجلد ذاته والصفحة ذاتها - ويؤيدنا الفتوى بصر أيضاً : المحاماة ، ٥ ، ص ٧٢٩ - ٧٣٤ مقال بعنوان « تأثير قانون التسجيل الجديد على قضايا الشفعة » لراضيه الاستاذ حامد فهمي بك المحامي

التسجيل . ويتم نقل الملكية اما بتسجيل عقد البيع ، أو بتسجيل الحكم المؤيد للعقد ، أو بتسجيل الحكم المؤيد لاتعاقد الشفوى الحاصل بالبيع . لأن التعاقد الشفوى بالبيع صحيح قانونا من حيث ترتيب الاحكام القانونية للبيع ، الا فيما يتعلق بنقل الملكية ، اذ لا بد فيه من التسجيل

٢ - تثبت المذكورة الايضاحية الموضوعية بمثابة شرح لقانون التسجيل أن الغرض من الالتزام الشخصي الوارد بالمادة الأولى من قانون التسجيل ، لا ينصرف فقط الى تعويض يلتزم به البائع عند عدم تسجيل عقد المشتري ، بل ينصرف اليه حقيقة والى الالتزامات المترتبة على البيع نفسه ، باعتبار أن البيع منقضى لواجبات وحقوق عند كل من الطرفين . وعلى ذلك نرى أن عدم التسجيل لا يحول المشتري دون مطالبته للبائع بتسليم العقار وضمانه من الاستحقاق البمضى أو السكلى . لأن التسجيل انما هو لمصلحة المشتري فان اجراء استفاد منه ، والا فقد يحتمل أن يضره عدم التسجيل . وما دام أن التسجيل من عمل المشتري ومن مصلحته ، على شرط عدم قيام البائع بما يعطل عليه التسجيل والا اترم بالكف عن التمثيل ، فلا يسوغ للبائع أن يستفيد لنفسه خاصة من عدم التسجيل ويدفع دعوى المشتري قبله ، اذا لم يسجل المشتري عقده ، بسبب يرجع له هو أى المشتري ، أو من باب أولى يرجع للبائع

٣ - ان الالتزام الشخصي المذكور بالمادة الاولى ينصرف الى التزام البائع بالقيام بجميع الالتزامات التى ترتبت على البيع من تسليم العقار وضمانه والعمل على منع تعرض الغير للمشتري فى العقار فيما اذا ادعى الغير هناك عيبا عليه . ولذلك يلزم المشتري بالوفاء بالتزاماته المترتبة على البيع ، بان يدفع الثمن فى ميعاده ، دون أن يحتاج بعدم نقل الملكية اليه بسبب عدم تسجيل العقد

٤ - أن البيع وحصوله وما يترتب عليه من الاحكام أمر ، والتسجيل أمر آخر . اذ التسجيل خاص فقط بنقل الملكية . بحيث اذا لم يحصل التسجيل فلا يجوز للبائع التعرض للمشتري ، ولا أى شخص آخر . انما يحدد الخطر بالمشتري

فيما اذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتري حسن النية ويسجل المشتري الثاني عقده قبل تسجيل المشتري الاول . اذ تثبت الملكية في هذه الحالة للمشتري الثاني دون الاول

٥١٣ - الدالة التي تتعلق بحسب الشفعة . يولد حق الشفعة بمجرد حصول البيع . نعم ولو أن جميع أركانها موجودة من قبل حصول البيع ، الا أنه بركن البيع يوجد حق الشفعة وجوداً قانونياً ذو أثر في مال الشفع . وحق الشفعة هذا حق مدني تتمتعن عليه الاحكام العامة للقانون ، الا فيما نص عليه قانون الشفعة بالذات . ولا يمكن اعتبار عقد البيع غير المسجل من العقود الخاصة^(١) التي تجمع بين البيع وغير البيع كالوفاء بمقابل^(٢) ، أو كالبذل والصلح ، وهي العقود التي لا تجوز فيها الشفعة ، لأنها ليست عقود بيع صحيح ، بل عقد البيع غير المسجل هو عقد بيع بالمعنى الصحيح ملزم لطرفيه اما بالقانون المدني وما قرره بشأن البيع واما بنفس قانون التسجيل ذاته فيما قرره من الالتزامات الشخصية المنوّه عنها بالمادة الاولى . والمشتري الذي لم يسجل عقده يعتبر مشترياً بالمعنى القانوني . وكذلك البائع له يعتبر قانوناً البائع ولا محالة . واذا كانت الملكية لم تنتقل بعد الى المشتري بسبب عدم التسجيل ، هذا من جهة ، وكان البائع ملزماً بتسليم العقار وعدم التعرض للمشتري وضمانه ، هذا من جهة أخرى ، فان المشتري يعتبر في نظرنا ، وكما أثبتنا ذلك عند شرحنا لقانون التسجيل ، انه مالك على شرط التسجيل ، والشرط توقيفي . فاذا تم اعتبار مالكا من تاريخ العقد على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب قد اكتسبه الغير بحسن نية على العقار وسجل عقده قبله . ويترتب على الاثر الرجعي للتسجيل صحة التصرفات الحاصلة من المشتري قبل التسجيل

واذا كان للتسجيل في نظرنا أثراً رجعياً ، وكان عقد المشتري غير المسجل عقداً معلقاً على شرط توقيفي فيما يتعلق بنقل الملكية ، فلا نرى محلاً للقول

بعدم جواز الشفعة عن عقد لم يتسجل . وعمل الاخص اذا لاحظنا أننا نأخذ
بجواز الشفعة في العقود الشرطية

٢ - ان حق الشفعة يولد بمجرد حصول البيع دون التوقف على التسجيل.
والا اذا قيل العكس لترتب على ذلك أن المشتري يعمل على تعطيل حق الشفعة
لدى الشفيع فلا يستطيع المطالبة به حتى يحصل التسجيل . وحق الشفعة هذا حق
مدني كما قررنا فهو محمي بالأصول القانونية العامة ^(١) وما دام أن حق الشفعة
متصل بعقد البيع فهو يتأثر به حتما . فاذا كان المشتري غير المسجل مالكا على
شرط التسجيل ، أصبح حق الشفعة أيضا حقا شرطيا : فاذا بيع العقار ثانيا من
تقس البائع وسجل المشتري الثاني حسن النية عقده أصبح المشتري الاول غير
مالك ، وتعطل وقتئذ حق الشفعة

ولكن ما القول فيما اذا سجل الشفيع في هذه الحالة ورقة اظهار رغبته في
الشفعة قبل تسجيل عقد المشتري الثاني ؟ فهل تجوز له مع ذلك السير في الشفعة
أم أن عقد المشتري الثاني المسجل يحول دون ذلك ؟ ان الامر في ذلك يرجع
الى أحكام التسجيل وجوهره طالما أنه لم يؤخذ للآن بنظرية السجلات العقارية ،
اذ التسجيل في الوقت الحاضر تسجيل شخصي يرجع الى الاشخاص ، لا عيني
يرجع للعقار . وعلى ذلك لا يستطيع المشتري الثاني معرفة تسجيل انذار الأخذ
بالشفعة ، وهو الانذار المسجل ضد المشتري الاول فقط دون البائع ، ولمصلحة
الشفيع لانه لا يعرف المشتري الاول بسبب عدم تسجيل عقد هذا الأخير حتى كان

(١) ولقد جربنا في سياق شرحنا لنظرية الشفعة على أن نسل على ضوء مبادئ القانون المدني
والقوانين المصرية المجموعة codes . ولم نشأ الرجوع الى أحكام فقهاء الشريعة الاسلامية في
الشفعة ، أخذاً بما قررناه في عهدنا الاول للشفعة . وقد لاحظنا أن الفقه بمصر يجري في شرحه
لقانون الشفعة على طريقة الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، وهو في نظرنا اميل لاجل
به الباحث الى حل مسائل الشفعة حلا قانونيا عصريا يألف والاصول المدنية المصرية . وانجاز الرجوع
الى أحكام الشريعة الاسلامية ، فلا يكون الا من طريق الايضاح التاريخي ، لا من طريق تأييد
المذهب القانوني الحاضر لان الاصول القانونية الحاضرة بوجه عام وقانون الشفعة بوجه خاص ،
قد تناقضت كثيراً مع أحكام الشريعة الاسلامية سواء في حق الشفعة او في غيره من أحكام المعاملات

يكشف عن التسجيلات المقيدة ضده . ولانه لو عرفه بتسجيل عقده ، أى عقد المشتري الاول ، لامتنع عن الشراء من البائع الاصلى سواء كان هناك انذار بالشفعة مسجلاً أو غير مسجل

وبعبارة أخرى ان الشفيع لا يعتبر متصلًا فى الحقيقة بالبائع ، انما اتصاله هو بالمشتري . والشفيع أجنبى عن البائع لا تربطه وإياه صلة ما

على أن وجهة النظر تتغير اذا فرض وتسجل انذار الشفعة ضد المشتري الاول وهو غير معلوم للمشتري الثانى ، وضد البائع معاً . اذ فى هذه الحالة يعتبر المشتري الثانى طالماً بوجود حق شفعة يطالب به شفيع بسبب سبق التصرف فى العقار الذى يريد شراؤه من البائع . ونقول انه يعتبر طالماً لانه ما دام يبحث فى التسجيلات المتوقعة ضد البائع فهو سيعلم حتماً بوجود انذار شفعة مسجل ضده وبذلك يستطيع معرفة أن هذا العقار سبق بيعه للمشتري الاول . وفى هذه الحالة لا يعتبر المشتري الثانى حسن النية ، ولا يستفيد من تسجيل عقده وهو المسجل قبل عقد تسجيل المشتري الاول . ولكن ألا يحتمل أن يلاحظ أن تسجيل انذار الاخذ بالشفعة المذكور بالمادة ١٤ من قانون الشفعة ، انما شرع لحماية الغير كما تقول المادة ١٤ المذكورة ، وأن الفرض من الغير انما هو كل شخص يريد التعامل مع المشتري تعاملاً منصباً على العقار المشفوع ، وانه يؤيد ذلك ما ورد بالمادة ٩ فى أن دعوى الشفعة ترفع على المشتري من المشتري اذا حصل الشراء قبل تسجيل انذار الاخذ بالشفعة ، أى ان الشفيع لا يلزم برفع الدعوى قبل المشتري من المشتري اذا حصل الشراء بعد تسجيل انذار الاخذ بالشفعة ؟ ويؤيده أيضاً وعلى الأكثر ما قرره المادة ١٢ من أن « كل رهن ^(١) وكل حق اختصاص ^(٢) حصل عليه دائنوه ، وكل بيع وكل حق عيني ^(٣) قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشر الآتية لا يسرى

على الشفيع^(١) ويبقى مع ذلك لاصحاب الديون وإذا كانت المادتان ١٢ و ١٣ تعيدان أن الغير هو من اشترى من المشتري ، أو كل دائن للمشتري ترتب له حق عيني عقارى على العقار ، أو كل شخص تعاقد مع المشتري بوجه عام تعاقداً عينياً عقارياً بشأن العقار المشفوع ، لترتب القول على ذلك بأن المشتري من البائع لا يمكن اعتباره فى طبقة هذا الغير المقصود بالمواد الثلاثة ٩ و ١٢ و ١٤ من قانون الشفعة . وعلى ذلك لا يسرى التسجيل على المشتري من المشتري ، ولا يعتبر حجة عليه ، أى لا يلزم المشتري من البائع بالتزام البحث فى سجلات التسجيل مما إذا كان هناك تسجيل انذار الأخذ بالشفعة من الشفيع . فإذا لم يبحث فلا يؤخذ بنتيجة عدم بحثه . إنما إذا ثبت بأنه بحث وعلم من البحث بسبق وجود حق شفعة ترتب لشفيع على العقار باعتبار أن هناك مشترياً سبق أن اشترى نفس العقار من البائع ، فيعتبر فى هذه الحالة سبباً للنية ، أى أن عقده المسجل أولاً لا يسرى على المشتري الأول المتأخر عليه فى التسجيل . وترتب على صحة عقد المشتري الأول بقاء حق الشفعة بيد الشفيع

٣ - أن الشفيع فى أخذه العقار بالشفعة لا يعتبر أنه استمد حقه من نفس المشتري ، إنما يستمد حقه من البائع . وهو يحمل محل المشتري . ويصبح البائع للمشتري هو البائع للشفيع ، فيضمن له العقار فى حالة استحقاقه كلاً أو بعضاً (المادة ١٣) وإذا كانت هناك بقية من الثمن فلا تدفع للمشتري إنما تدفع للبائع من الشفيع . وإذا كان الشفيع يحمل محل المشتري فى الصفقة فلا عبرة مطلقاً بتسجيل عقد المشتري واعتباره شرطاً أساسياً لا يتولد بدونه حق الشفعة . بل يكفي حصول البيع وتحقيق أركانه القانونية حتى يكون ذلك ذريعة لحلول الشفيع محل المشتري

٤ - أن الحكم الذى يصدر فى دعوى الشفعة غن عقد المشتري غير المسجل يجب أن يتناول البت فى حصول البيع فقط دون التعرض للملكية ، والبت فى

Sont sans effet à l'égard du préempteur (١)

الشفعة ذاتها . وتسجيل هذا الحكم المثبت لحصول البيع والمثبت للشفعة تنتقل الملكية للمشتري ويتأيد حق الشفعة للشفيع طبقا للعادة ١٨ . وانتقال الملكية للمشتري بتسجيل الحكم يحصل بسبب أن الحكم يعتبر مؤيدا لعقد البيع (ويظهر أن العمل في المحاكم المختلطة قد جرى على أنه عند تسجيل حكم الشفعة يؤخذ من الشفيع رسوماً تسجيلية عن العقد الذي لم يسبق تسجيله ؛ وذلك زيادة عن الرسوم النسبية الخاصة بالدعوى)

هذه هي أدلة الرأي الذي تقول به في صحة الشفعة اذا كان عقد المشتري غير مسجل ؛ وهي أدلة مستفادة كما رأينا من نفس قانون التسجيل ، ومن نفس قانون الشفعة ، لا باعتبار أن الشفعة حق شرعي يجب الرجوع فيه الى أحكام فقهاء الشريعة الاسلامية ، بل باعتباره حقاً مدنياً محمياً ومحكوماً بالاصول القانونية العامة المستفادة من القوانين المنوطة

٥١٤ — قلنا بأن هناك رأياً قضائياً قضى بمكس ما قررناه^(١) وحجة هذا الرأي أن « حق الشفعة لا يولد قانوناً الا اذا ترتب على عقد بيع صحيح معترف للشروط المنصوص عليها في القانون » وأن العقد غير المسجل لا يرتب عليه سوى مجرد التزام شخصي ، وأنه لا ينقل ولا يزيل الحق العيني العقارى وأن « عقد البيع غير المسجل وجد باطلاً ولا أثر له في نقل الملكية وان كانت تنشأ عنه التزامات شخصية بين المتعاقدين » و « أن تسجيل العقد بعد الاجراءات التي تمت في الدعوى لا يصحح ما لحقه من البطلان ، بل ينشئ حقاً جديداً قد يصلح أساساً لدعوى شفعة أخرى »

هذه هي أدلة الرأي الثاني وهي كما وردت بنصها في أسباب الحكم . وهي أدلة تنقضها أحكام التسجيل الجديد ، وأحكام الشفعة ، ونمخالفتها على خط مستقيم وبيان ذلك :

(١) محكمة مصر الكلية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ الحامدة ، ٥ من ٣٣٣ عدد ٢٩٥ . وقد صدر هذا الحكم بعد شهر واحد من صدور الحكم الاول المؤيد لمذهبنا

١ - يقول الرأى الثانى بأن « حق الشفعة لا يؤلف قانونا الا اذا ترتب على عقد بيع صحيح مستوف للشروط المنصوص عليها فى القانون » وقد رأينا أن عقد البيع غير المسجل عقد بيع صحيح قانونا ترتب عليه أحكام البيع من واجبات وحقوق . وان التسجيل انما شرع فقط لنقل الملكية ، وهو من عمل المشتري وأنه يجب على البائع أن لا يعمل على ما يعطل نقل الملكية ، والا فوضى وأثره بما لا يتعارض مع الحرية الشخصية . وقلنا بأنه بتسجيل الحكم تنتقل الملكية

٢ - يقول الرأى الثانى ، بأنه لا يترتب على العقد غير المسجل سوى التزام شخصى فقط . وقد رأينا أن هذا الالتزام الشخصى كما ينطوى تحته حق المطالبة بتعويض عند استحالة نقل الملكية (كما اذا تصرف البائع مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا الاخير بحسن نية قبل تسجيل المشتري الاول) فانه ينطوى تحته أيضاً التزام البائع على عدم تعطيل نقل الملكية . فاذا أصر على التعطيل كان المشتري فى حل من مقاضاته وأخذ حكم بصفة البيع الحاصل ، وتسجيل ذلك الحكم كما رأينا

٣ - يقول الرأى الثانى بأن « تسجيل العقد بعد الاجراءات التى تمت فى الدعوى لا يصحح ما لحقه من البطلان ، بل ينشئ حقاً جديداً قد يصلح أساساً لدعوى شفعة أخرى » . وهذا انكار لاحكام العامة المستفادة من قانون التسجيل نفسه ومن مذكرته الايضاحية ، وانكار لاحكام الشفعة الخاصة بعقد المشتري الملحق على شرط . ذلك لانه وان كان من المقرر قانوناً أن التسجيل لا يصحح عقداً باطلا ولا يرفع عن العقد ما شابه من الشوائب ، الا أن تسجيل عقد البيع لا ينصب على عقد بيع باطل . لان عدم تسجيل العقد لا يبطل البيع فى ذاته . بل يترتب عليه فقط عدم نقل الملكية . وقد رأينا أن أحكام البيع غير المسجل قائمة قبل التسجيل وأن لكل من المتبايعين الحق فى مطالبة الآخر بالتزاماته . وهل يمكن اعتبار العقد الملتزم قانوناً عقداً باطلاً ، لا يصححه تسجيل ، فى الوقت الذى يعتبر فيه انه منشئ لالتزامات قبل تسجيله ؟

وكأن هذا الرأى يقول بوجود الزام الشفيع بالتربص لحصول التسجيل حتى يصح طلبه بالشفعة . وكيف يمكن تحقيق ذلك عملياً ؟ ألا يلزم على ذلك ان ينفى الشفيع مكان التسجيل كل يوم حتى يعلم به ؟ وما القول فيما اذا أصر المشتري على عدم التسجيل مدة طويلة . فهل يبطل حق الشفعة لدى الشفيع هذه المدة ، حتى ولو بلغت ١٥ سنة ؟ الذى تقول به أن حق الشفيع يتولد فى حال حصول البيع ولو كان بالتعاقد الشفوى ، دون الحاجة الى التسجيل . لان التعاقد الشفوى أو الكتابى بالبيع منتهى الحقوق وواجبات يمكن الشفيع أن يحل فيها محل المشتري ازاء البائع طبقاً للمادة ١٣ من قانون الشفعة

٥١٥ - عقد المشفوع منه الباطل : البطلان اما نسبي أو مطلق أو معدوم على مذهب البطلان الثلاثى . فان كان نسبياً فانا نرى جواز الشفعة . فاذا اشترى المشتري العقار مثلاً من قاصر ، اعتبر العقد قابلاً للبطلان . ولا يحول احتمال بطلانه دون الشفيع فى أن يشفع فى العقار . فان زال البطلان تأيدت الشفعة . وان بطل العقد بطلت الشفعة ^(١) وما دام أن انذار الاخذ بالشفعة حاصل فى وجه المشتري والبائع (القاصر) ودعوى الشفعة فى مواجهة الاثنين ، فلا بد لوصى البائع أو وليه (ان كان قاصراً) أو قيمه (ان كان محجوراً عليه لسفه أو عته) أن يظعن فى العته . فاذا قبل الظعن زال العقد وزالت معه الشفعة . والا فلا . واذا بيع العقار من الوصى أو القيم دون مراعاة شرط اجازة المجلس المحسى فلا تجوز الشفعة مادام أن البيع باطل . واذا فرض ولم يدفع فى دعوى الشفعة يبطلان البيع وقضى بالشفعة فانه يجوز أن تزول فيما بعد فيما اذا ظعن فى البيع بالطريق

(١) دى هلس ج ٣ ص ٢٢١ ن ٨ - ويرى شتى بإشأ عدم جواز الشفعة بوجه عام (ص ٨٣) ولا ترى محلاً للرجوع لأراء فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذه الحالة والقول بعدم جواز الشفعة عن عقد باطل بطلاناً نسبياً (المادة ١١٥ من مرشد الحيران . وشرح مرشد الحيران ص ٩٢) بل يجب الرجوع الى الاصول القانونية المأخوذة عند عدم النص من الشارع : دى هلس للنبهة السابقة . مع ملاحظة أنه رأى الرجوع الى الشريعة الاسلامية فيها اذا كان للنص قاضياً . وهو مالا نقره

القانوني . واذا كان البطلان مطلقاً فلا تصح الشفعة ، لان هذا البطلان يجعل العقد كانه لم يكن . وأما اذا كان البطلان معدماً للمعقد كتنقص ركن من أركانه فاننا نرى هنا حكم البطلان النسبي

٥١٦ - في عقد المشفوع منه المعلق على شرط : والشرط اما توقيني واما فاسخ . فالشرط الفاسخ كما في البيع الوفاؤي ، اذ يفسخ عقد البيع اذا استرد البائع العقار ودفع الثمن والمصاريف . وكأن البيع لم يكن . والشرط التوقيني ما تعلق فيه انتقال الملكية على حادث مستقبل غير محقق الوقوع . فاذا وقع تحقق الشرط واعتبر المشتري مالكا من يوم العقد . واذا لم يقع فلا يعتبر المشتري مالكا . وللشرط التوقيني والفاسخ أثر رجعي على الماضي . ففي حالة البيع الوفاؤي وتتحقق الشرط تعتبر الملكية وكأنها لم تنتقل الى المشتري . وفي الشرط التوقيني يعتبر البائع مالكا من وقت العقد لا من وقت تحقق الشرط . وفي الشرط الفاسخ يعتبر المشتري مالكا من وقت العقد (كالمفترى الوفاؤي) وفي الشرط التوقيني لا يعتبر المشتري مالكا من وقت العقد ما دام ان الشرط لما يتحقق بعد

اذا علمت أحكام الشرط التوقيني والفاسخ هذه فما هو حكم الشفعة اذاءها اذا كان عقد المشفوع منه معلقاً على أحد هذين الشرطين ؟

١ - ما هو حكم الشفعة أمام عقد المشفوع منه المعلق على شرط فاسخ ؟
فهل يجوز للشفيع عقب العقد البيع الوفاؤي أن يشفع في العقار وأخذه من المشتري أم يجب عليه الانتظار حتى تمضي المدة المضروبة بالعقد والتي لا يجوز قانوناً أن تزيد عن ٥ سنوات (المادة ٤٢٧/٣٤١ مدني) ثم يقوم بعد ذلك بإجراءات الشفعة ؟
الذي نراه جواز الاخذ بالشفعة عقب حصول عقد البيع الوفاؤي وقبل مضي المدة . وبالشفعة محل الشفيع محل المشتري ازاء البائع (المادة ١٣) . فاذا رغب البائع استرداد العقار عند حلول الاجل الوفاؤي جاز له ذلك وصح له استرداده من الشفيع . وان لم يشأ الاسترداد ظل كل العقار تحت يد الشفيع ^(١)

(١) دى ملس ج ٣ ص ٢٢٥ ن ١٦ . استئناف ٢٦ ابريل سنة ٩١٣ ش ، ١ ص ٢٩ عدد

٤٣ ورأى هذا الحكم . محل مقارنة بين بيع الوفاء ، والبيع المصحوب بخيار الشرط وهو البيع

٢ — وما هو الحكم أيضاً فيما اذا كان عقد المشتري معلقاً على شرط توقيفي فهل تجوز الشفعة هنا أيضاً كما قررنا في حالة الشرط الفاسخ أم لا ؟ وان كانت الملكية للمشتري في حالة الشرط التوقيفي لا تنتقل اليه من وقت انعقاد العقد ، الا أنا نرى مع ذلك جواز الشفعة في هذه الحالة وتصبح الشفعة معلقة أيضاً على هذا الشرط التوقيفي . لانه اذا تحقق الشرط اعتبر المشتري كما رأينا مالكا من وقت انعقاد العقد لا من وقت تحقق الشرط ، أى أن للشرط أثراً رجعياً . وانما نرى

الذى لا تجوز فيه الشفعة على قول فقهاء الشريعة الاسلامية . وإباح الحكم الشفعة في بيع الوفاء لان الفرق بين النوعين عظيم . لانه في بيع الوفاء تنتقل الملكية بمجرد البيع ويصبح المشتري مالكا . وأما في بيع الخيار فلا تنتقل الملكية الى المشتري مادام الخيار — عكس ذلك المادة ١٠٢٦ من مجلة — وعكس ذلك أيضاً استثناف م أول فبراير سنة ١٩٠٦ ، ١٨ ، ١٠٨ ولم يذكر هذا الحكم سبباً لرايه سوى أنه يقول بأن الشفعة لا تجوز الا في البيع البات ، Vente définitive ، وانه اذا حصل الاسترداد الوفاي فلا يعتبر المشتري مالكا مطلقاً من وقت العقد . ويتلاحظ أن العقد كان خاصاً برهن حيازي عقارى ، وأن قاعدة رفض الشفعة في البيع الوفاي لم تأت من جانب الحكم الاعلى سبيل افتراض أن العقد عقد بيع وفاي مع أنه في الحقيقة عقد رهن حيازي عقارى . كل ذلك لان العقد المعلق على شرط فاسخ ناقل للملكية للمشتري من وقت العقد أى أن المشتري مالك من وقت التناقد . انما الملكية معرضة للزوال أو للاستمرار في البقاء

وأما دى هلس فانه يرى هذه المرة ، وخير فعل ، ان حق الشفعة أصبح حقاً مديناً محكوماً بالقواعد العامة لقانون المدني : ص ٢٢٥ بالاسطر الخمسة من الاسفل . وكأنه بذلك يريد الاطلاات بحق من أحكام الشريعة الاسلامية في حق أصبح مديناً صرفاً — وعكس ذلك فتحي باغا ص ٨٣ . ويقول بأن الشفعة لا تجوز في « البيع المطلق فسخه على أجل » . لان فسخ البيع محقق باقتضاء الاجل . فلا وجه للشفعة ، اذ الضرر مؤقت . والشفعة شرعت لانتفاء الضرر الثلاث ومن ذلك بيع الوفاء « وهذا ما لا يقره عليه مطلقاً ، لان بيع الوفاء لا يعتبر بيعاً موقوفاً على أجل ، بل موقوفاً على شرط فاسخ وهو شرط الاسترداد . وانما ضرب الزمن الوفاي لتحديد مدة تحقق الشرط ولذا يكون القول بأن « الضرر مؤقت » هنا قول غير صحيح . لانه يجوز أن يكون الضرر مستمراً اذا لم يتحقق شرط الاسترداد . ويجب التفرقة بين الشرط والاجل . اذ الشرط حادث غير محقق الوقوع . وأما الاجل فهو محقق الوقوع حتماً . فهل الاسترداد محقق الوقوع حتماً يجوز وصفه بالاجل ؟ طبعاً لا — انظر استثناف ١٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ١٠ ، ٢٣ ، ٦٥ عدد ٤١ و منشور بمجلة المحاماة ٢ ص ٢٢ عدد ١١ اذ قرر بأن الشفعة لا تجوز الا عن عقد بيع نهائي وقرر ذلك في حالة عقد البيع الابتدائي

ضرورة الاكتفاء بأدى ذى بدء بعمل انذار رغبة الاخذ بالشفعة المتنوه عنه بالمواد ١٤ و ١٩ و ٢١ ، ثم التبرص حتى يتحقق الشرط . فاذا تحقق الشرط أصبح له أيضا أثر رجعى على انذار رغبة الاخذ بالشفعة ^(١) . ووجب فى هذه الحالة على الشفيع أن يقوم برفع الدعوى فى ميعاد ثلاثين يوما من وقت تحقق الشرط ، وهو الوقت الذى يعتبر ، بحكم الاثر الرجعى للشرط ، وقتا لانذار اظهار الرغبة فى الاخذ بالشفعة . واذا لم يتحقق الشرط فلا محل للسير فى اتمام اجراءات الشفعة

٥١٦ مكرراً (١) — عقد المفقوع ضرعه بالبيع : والوعد اما أن يكون حاصلًا من الطرفين واما من أحدهما . فاذا حصل من الطرفين وتعين المبيع والثمن أصبح الوعد بالبيع يما صحيحا نافذا وعلى ذلك تصح الشفعة . وأما اذا كان الوعد من جانب البائع وحده دون المشتري فهل تصح الشفعة؟ الوعد بالبيع هنا لا يعتبر صحيحا نافذا الا اذا قبل من المشتري . وطالما لم يقبل فلا يعتبر أن هناك يما . وعلى ذلك نرى أن لا شفعة حتى يقبل المشتري وعد البائع . ونرى أنه لا يجوز للشفيع الطعن فى امتناع المشتري عن الشراء ، والادعاء بأن الامتناع منصرف الى الاضرار به . لان الاضرار بحق لا يؤخذ عليه قانونا الا اذا وجد الحق . وطالما حق الشفعة لم يولد لعدم حصول الشراء فلا سبيل لوجوده . واذا كان الوعد من المشتري

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٢٤ ن ١٥ — على زكى الرابى بك ، رسالة فى الشفعة ن ٩٦ . عكس ذلك استئناف ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ ، ١٦ ، ٣١٣ اذ قضى بعدم جواز الشفعة عن عقار بيع من الحكومة تحت مصادقة مجلس الوزراء ، وعدم جوازها أيضا عن بيع شرطى موقوف على اجازة الحكومة الفرنسية لاتفاق كاسيل Convention Cassel — وعكس ذلك أيضا استئناف ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٥ ح ١١ ص ٣١٣ اذ قضى بعدم جواز الشفعة فى عقار بيع تحت شرط يمحى بنقل الملكية ، كأن لا يكون المشتري مالكا للبيع ملكا تاما الا بعد دفع آخر قسط وأنه ممنوع من التصرف فيه سواء بالرهن أو الاعطاء أو غيره الى أن تدفع جميع الاقساط . ولا نرى نحن مسوغا لهذا الحكم مادام أن الشفيع يحل محل المشتري وأنه لا يجوز للشفيع أن يستفيد من تأجيل الثمن طبقا للمادة ١٣ (يجب ملاحظة أن هذا الحكم صدر سنة ١٩٠٥ أى قبل صدور قانون الشفعة سنة ١٩٠١) — وعكس ذلك استئناف ١٩ ابريل سنة ١٩١١ م ١٣ ، ١٣ ص ٤٦ عدد ٢٤ . وفورجورس ١٣٣ من مجلة مصر الحديثة السابقة

وحده فلا ينفذ العقد أيضا الا بعد قبول البائع. وطالما لم يقبل فلا محل للشفعة ونلاحظ أن عقد البيع لا ينفذ الا من وقت القبول ، أى ليس له أثر رجعى . لان العقد لا يتم قانونا الا بعد تلاقى الايجاب مع القبول ، أى من وقت تلاقى الاثنين معا . واما قبل تلاقيهما فالعرض من جانب واحد لا يتكون معه العقد

واذا كان الوعد بالبيع من جانب الماعدين معا واشترطا بالعقد الابتدائى تحرير العقد النهائى بعد انقضاء مدة معينة ، واتفقا بأنه اذا عدل أحد الاثنين عن اتمام الصفقة يدفع للآخر شرطا جزائيا مقدرا بالعقد، فاذا يكون الحكم فى الشفعة؟ فهل تجوز الشفعة عقب العقد الابتدائى ، أى الوعد بالبيع من الجانبين ، أم لا تجوز الا من وقت تحرير العقد النهائى ؟ نقول ان الوعد من الجانبين يجعل البيع نافذا من وقت العقد ، أى من وقت تلاقى الايجاب والقبول الحاصلين بنفس العقد . وأما اشتراط عمل عقد نهائى فلا يؤثر على البيع الذى تم ، لانه ان امتنع البائع من تحرير العقد فيمكن مقاضاته وأخذ حكم عليه بتأييد العقد الابتدائى ثم تسجيل الحكم بعد ذلك . وأما الشرط الجزائى فقد أقرته المادة ٩٨ مدنى أهلى باعتباره اختياريا للدائن ، ان شاء طلبه هذا الاخير ، وان شاء طلب التنفيذ بالتمهيد الاصلى ^(١) . ويجوز التعاقد على أن يكون الاختيار للمدين نفسه ، ان شاء الوفاء بالتمهيد الاصلى أو الوفاء بالشرط الجزائى . فاذا تأخر المشتري عن القيام بما اتزم به جاز وقتئذ للبائع اما مطالبته بالشرط الجزائى ، وهنا لا تقبل الشفعة حتما ، واما مطالبته بالتمهيد الاصلى ، أى بدفع الثمن والاستلام وغير ذلك . وهنا تجوز الشفعة . ولا يتولد حق الشفعة الا فى هذا الوقت فقط . وأما

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى الالتزامات ص ٢٨١ ن ٢٩٢ وما بعدها والفروق الخاصة بين المادة ٩٨ الاهلية والمادة ١٥٢ غنظط التى إباحة للمدين ، مع تقرير حق الاختيار للدائن ، أما فى طلب الوفاء بالالتزام الاصلى ولما طلب التمثيل ، الحق فى الوفاء بالتمهيد الاصلى اذا طالبه الدائن بالشرط الجزائى

تاريخ العقد الابتدائي فلا يؤثر على الشفيع . واذا كان الاتفاق منصرفاً الى جعل حق الاختيار بين الوفاء بالتعهد ودفع تعويض الشرط الجزائي بيد المدين فلا عبرة أيضاً بتاريخ العقد الابتدائي ، انما العبرة بالوقت الذي يظهر فيه المشتري رغبته بين التعهد الاصلى أو الشرط الجزائي . ومن ذلك الوقت يتولد حق الشفعة ^(١)

٥١٦ مكرر (٢) — عقد المشفوع منه المعطل بورقة الضد : ان ورقة الضد تعمل وقت انعقاد العقد الصورى ويراد بها ابطال مفعول العقد الصورى . وهى لا تعتبر حجة الا على المتعاقدين وورثتهم . وأما على الغير فلا تسرى . ومن الغير الشفيع . اذ لا يحتج عليه بها حتى ولو كانت ثابتة التاريخ ^(٣) وما القول فيها اذا تسجلت ورقة الضد وأصبحت معلنة على الغير، فهل يحتج بتسجيلها على الشفيع ، أم لا يحتج بها عليه ؟

سنرى عند شرح قانون التسجيل أن النزاع لا زال قائماً بشأن ما اذا كان تسجيل ورقة الضد حجة على الغير أم لا . وكل ذلك يرجع الى القول فى معرفة ما اذا كانت ورقة الضد من الاوراق النافذة للملكية أم هى على النقيض من ذلك مؤيدة للملكية الاولى لدى مالكها الاول . ونميل الى الاخذ بالرأى الثانى وقد بينا ذلك بالايضاح بكتابنا فى المداينات الجزء الثانى . اذ نرى أن ورقة الضد وقد جعلت البيع صورياً أيدت الملكية فى يد المالك الاصلى وقطعت فى أنه لم يحصل بيع ولا شراء . واذا كانت هى كذلك فكيف يصح القول بأنها ردت الملكية الى البائع ، أى أنها ورقة خاضعة للتسجيل ؟ وهل انتقلت الملكية حتى

(١) أنظر استئناف ١٤ فبراير سنة ١٩٢١ المتقدم ذكره م ر ١ ، ٢٣ ص ٦٥ عدد ٤١ ومشور مجلة المحاماة ٢ ص ٢٢ عدد ١١ حيث اعتبر الشرط الجزائى من الجانبين شرطاً اختيارياً لكل منهما ، وأنه بناء على ذلك لا يمكن اظهار الرغبة بالاخذ بالشفعة الا عند اظهار رغبة المشتري . وقال المحكم بأن حق الشفعة لا يكون الا عند بيع نهائى ص : ٦٧ من المجموعة بالمواد الثانى . وهو لا يرى بذلك حتماً الى العقد الملحق على شرط

(٢) استئناف م ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٣٢ ، ج ع ٢ ص ٣٠٦ ن ٣٦٦

يقال بأن ورقة الضد ردتها الى مالكها الاول ، بورقة لم يحصل بها بيع لانها هي التي تثبت بأن البيع لم يحصل ؟ وعلى ذلك نرى أن تسجيلها لا يعتبر حجة على الغير ، بل يعتبر البيع المسجل مقررًا لحق الشفعة برغم تسجيلها . ولكن اذا ثبت علم الشفيع بوجود ورقة الضد سواء كان علمه بها آتيا عن طريق الاطلاع على ملفات العقود ، بأن ثبت مثلاً بأنه طلب شهادة من قلم التسجيل بالتسجيلات المتوقعة على المشتري ، أو كان علمه آتيا من طريق آخر ، وجب مؤاخذته بعلمه ، فلا يجوز له أن يشفع

٥١٧ - الرقابة والبيع : ان حق الشفعة لا يتقرر لصاحبه الا اذا توافرت شروطه وأركانه واجراءاته . فاذا لم يتوافر ذلك كله فلا شفعة أى لا يوجد حق الشفعة . فالجار لا يشفع لجرد أنه جار فقط ولا لجرد أن يحصل البيع في العقار المشفوع ، ولا لجرد أن يظهر الرغبة بالاخذ بالشفعة ، بل لا بد فوق ذلك أيضاً من حالة رفض المشتري اعطاء العقار بالشفعة ، من رفع دعوى الشفعة في ظرف مدة معينة والا سقط الحق ، والمدة ليست مدة تقادم ، بل هي مدة سقوط كما أثبتنا ذلك في حينه ، لان الحق لم يكتمل بمد ولم يتم حتى يقال بزواله بالتقادم ، بل هو لا يتم الا بتام اجراءات معينة

واذا كان حق الشفعة لا يكتمل في يد صاحبه ، فيما اذا كان جاراً مثلاً ، الا بشروط الجوار ، وشرط بيع العقار المشفوع ، وشرط اظهار الرغبة في أخذه بالشفعة ، فلا يمكن القول حينئذ بأن حق الشفعة أصبح حقاً في ملك صاحبه ، لا يستطيع أحد الافتيات عليه ، الا اذا توافرت هذه الشروط الثلاثة المتقدمة : جوار ، ثم بيع ، ثم اظهار رغبة . اذ عند طلبه وبلوغ الرغبة للمشتري يصبح الحق كاملاً غير معلق على شرط . وعلى ذلك اذا لم يحصل بيع فلا شفعة . واذا حصل بيع ولم يحصل ابداء رغبة فلا شفعة . واذا حصل ابداء الرغبة ولم تبلغ للمشتري فلا شفعة . واذا بلغت للمشتري ، ولم ترفع الدعوى في ظرف مدة معينة (مدة ثلاثين يوماً) فلا شفعة . واذا جهل الشفيع البيع المسجل مدة معينة (ستة شهور)

أو البيع غير المسجل مدة أخرى (١٥ سنة) فلا شفعة . فكأن حق الشفعة بعد البيع حق معلق على شرط ، وهو شرط طلبه بإبداء الرغبة فيه ، وتأيد الطلب بدعوى الشفعة إذا رفض المشتري التسليم . فإذا تحقق الشرط ، وهو طلب الشفعة ، فلا يملك أحد لا البائع ولا المشتري حق الاقتيات على هذا الحق . وأما قبل طلب الشفعة وبلوغ الطلب للمشتري ، فيعتبر هذا الأخير حراً في التصرف في الحق المترتب له على العقار . فكما يجوز له بيعه ورهنه وتأجيريه ، وتعتبر كل هذه الأعمال من تصرف واستغلال نافذة على الشفيع ، (المادة ١٠) ، فإنه يجوز له التراضي مع البائع على فسخ العقد ، واعتباره كأنه لم يكن ، أى التقايل مع البائع . وبالتقابل ينقضى عقد البيع وتزول معالمة . ولكن هل يزول أيضاً ما ترتب عليه من الحقوق على العقار ؟ فإذا تقرر لدائن المشتري رهن حيازي أو غير حيازي على العقار ، أو اختصاص ، فهل يزول الرهن والاختصاص بمجرد التقايل ، أم أن التقايل لا يمس الحق المقرر للغير ؟ طبعاً لا يمس . والشفعة وهى حق مقرر للشفيع على العقار ومؤيد بإبداء الرغبة ووصولها للمشتري ، أصبحت حقاً للغير ، وهو الشفيع . ومن المقرر أن حق الغير لا يمس إذا حوفظ عليه باتباع اجراءات القانون المرسومة . وأما وقد بلغ طلب الشفعة المشتري ، فقد تحقق الحق المعلق على شرط ، وأصبح الشفيع من طبقات الغير ، لا يستطيع أحد المساس بهذا الحق ولا الاقتيات عليه . أليس تسجيل طلب الشفعة بمائل دون مريان تصرفات المشتري على الشفيع (المادة ١٠) ؟ بل ونقول أيضاً بأن هذه التصرفات غير نافذة على الشفيع ولو لم يتسجل انذار الشفعة أى طلب الشفعة إذا كان المتصرف اليه يعلم بالانذار

وعلى ذلك إذا حصل التقايل في البيع قبل ابداء الرغبة ووصولها فهي صحيحة . أما إذا حصلت بعد ابداء الرغبة ووصولها فهي باطلة لامفعولها على الشفيع ^(١) ولكن هل يجوز ادخال البائع نفسه في حالة التقايل ، بعد وصول انذار

(١) ويرى القضاء (استئناف ٢٠ فبراير سنة ٩٦ القضاء ٣ ص ٣٢٢) أنه بالتقابل سقط البيع ونشأ بيع ثان من المشتري السابق للبائع السابق . وهذا البيع الثاني هو الذى تجوز

الشفعة الى المشتري وقبل تسجيله ، وعدم علم البائع به ، واعتبار البائع في هذه الحالة من طبقة الغير بالنسبة للشفيع ؟ قد رأينا ان التصرفات الحاصلة من المشتري قبل تسجيل انذار الشفعة نافذة على الشفيع . أليس حينئذ التقاييل نوما أيضا من التصرف ويعتبر نافذا على الشفيع قبل تسجيل انذاره مع جهل البائع لوصول الانذار ، تقول بالإيجاب و ترى التقاييل صحيحة و نافذا على الشفيع اذا وقع قبل تسجيل طلب الشفعة وقبل علم البائع به ، أى بشرط أن لا يشوب التقاييل عيب العلم إلا كيد أو عيب الغش والتواطؤ بين البائع والمشتري ، والا فلا ينفذ التقاييل

وهل ينفذ التقاييل على الشفيع في هذه الحالة بدون قيد ولا شرط يتعلق بنفس عقد التقاييل ، أم لابد هنا من ضرورة تسجيل عقد التقاييل ، أو اثبات تاريخه على الأقل ؟

أو بمباراة أخرى هل التقاييل بيع جديد من المشتري السابق للبائع السابق ، أو هو مجرد نقى للبيع القديم ومحو له ولاآثاره ؟ (ويقال في الحالتين ارجاع للعاقدين الى حالتها السابقة قبل أى تعاقد)

انا نرى أن التقاييل لا يعتبر مطلقا مزيلا للعقد السابق ورافعا لآثاره القانونية . لان البيع تم بإيجاب وقبول وتوافرت أركانه وشروطه ، ولم تصحبه ورقة ضدحتى يقال بأنه بيع صوري وأنه لم يوجد قانونا . وقررنا في باب التسجيل على عكس ما يقرره القضاء الفرنسى وبعض رجال الفقه الفرنسى ، وبما يؤيدنا فيه بعض

فيه الشفعة . وانا لاقر هذا رأى للأسباب التى يبينها فى أن التقاييل أثر على الشفيع . بل اذا تحقق شرط ابداء الرغبة بطل مفعول التقاييل على الحقوق المترتبة للغير . ومن طبقات الغير الشفيع حتما . لان الغير هو كل من ترتب له حق على مال المدين (وهو هنا المشتري) ولا يملك المدين التصرف فى ماله اضرازا بحق الغير — راجع ذكرى بك العرابى ص ١٦ — ٢١٨ . وقد أقرنا على القول باعتبار حق الشفعة معلقا على شرط الطلب ، وعدم نفاذ التقاييل على الشفيع بعد ابداء الطلب . ولاحظ أن الاحالة لا تعتبر يما جديداً تتجاوز فيه الشفعة ، لانها فسخ بيع سابق لا انشاء بيع جديد ، وأيد رأيه باقوال فقهاء الشريعة الاسلامية

أئمة الفقه الفرنسي ، بأن ورقة الضد لا تخضع للتسجيل لأنها ليست ناقله للملكية بل هي مؤيدة للملكية السابقة التي لم تنتقل بعد . ومن المعلوم أن ورقة الضد لا تعتبر كذلك نافية للبيع ومعمدة له ومؤيدة للملكية السابقة الا اذا وجدت معاً وفي آن واحد مع عقد البيع الصوري . أما اذا تأخرت عنه فلا تعتبر ورقة ضد بل يجب اعتبارها بيعاً جديداً ناقلاً للملكية من المشتري السابق باعتباره الآن بائناً ، الى البائع السابق باعتباره الآن مشترياً . وعلى ذلك نرى أن التقابل ، وهو عدول عن بيع سابق ، لا بد من اعتباره تصرفاً من المشتري في المقار المشفوع أى يما منه للمالك الاصلى

واذا اعتبرنا أن التقابل بيع جديد فهل يعتبر الشفيع في هذه الحالة غيراً لا يسرى عليه البيع الا بشرط تسجيله قبل تسجيل انذاره بالشفعة ، أم لا بد على الاقل من اثبات تاريخ عقد التقابل ، أم لا يشترط لا هذا ولا ذاك ، ويكون التقابل نافذاً على الشفيع بلا قيد ولا شرط شكلي ؟ ان تسجيل عقد البيع ، أى عقد التقابل ، أمر يتعلق بالمشتري بالنسبة لنقل الملكية . والمشتري يعتبر مشترياً تسجل عقده أو لم يتسجل ، وتقرر له حقوق عليه في الحالتين ، وكل ما يستطيع الشفيع أن يدفع به عقد التقابل هو اتهامه بأنه عمل بعد وصول انذار الشفعة الى المشتري (المشتري الاصلى وهو البائع الآن) اما من طريق التواطؤ بين المتقابلين ، واما بعد علم المالك الاصلى علماً أكيداً بوصول انذار الشفعة للمشتري وفي هذه الحالة يعتبر الشفيع من طبقة الغير . ولذلك نرى ضرورة اثبات تاريخ عقد التقابل حتى يكون حجة على الشفيع . ونرى فوق ما تقدم أنه يجوز للشفيع أيضاً اثبات التواطؤ حتى ولو عمل عقد التقابل وثبت تاريخه قبل وصول الانذار للمشتري ، اذا سارع المتقابلان الى التقابل بمجرد علمهما بخروج انذار الشفعة من يد الشفيع وقبل وصوله الى المشتري على يد المحضر

ج - العقود الاخرى

غير عقد البيع

٥١٨ - رأينا حكم الشفعة في عقد البيع وصور هذا العقد وأحكامه المختلفة . والآن نتكلم على العقود الأخرى غير عقد البيع وموقف حق الشفعة أراءها^(١).

عقد البديل : عقد البديل أو المعاوضة أو المقايضة عقد يتبادل فيه اثنان على شيء موهى آخر . فإذا وقع الشيء كالمعارف يد أحد المتقايضين وكان لهذا العقار شفعيع ، فهل يجوز لهذا الشفعيع أن يشفع أم لا يجوز . نقول لا يجوز الشفعة في البديل . لأن البديل ليس بيعاً حيث لا ثمن معين فيه^(٢) وإذا اصطحبت المقايضة بفرق^(٣) فقد اختلفت الآراء ، اذ يرى البعض أن لا عمل للشفعة^(٤) ويرى الآخر أن ينظر في أمر الفرق فإن كان جسيماً بحيث يجوز اعتباره بمثابة ثمن للبديل صحت الشفعة والا فلا تصح^(٥) وربما كان الرأي الثاني هو الأرجح لأنه من المحتمل كثيراً أن تكون نية المتقايضين منصرفه الى البيع اذا كان الفرق جسيماً^(٦) وعلى الاخص اذا لاحظنا أن أحكام البيع تسرى على المقايضة بحكم القانون نفسه فيما لم ينص عليه بنص صريح للبديل (المادة ٣٦٠ أهلى ولا مقابل لها في القانون المختلط) أما اذا أطلق القول بعدم جواز الشفعة مهما كان الفرق جسيماً

(١) وما القول في العقد الذى تتنازل فيه الحكومة عن اراض لموظف محال على الماشى في مقابل ما يستحقه من الماشى ؟ فهل يعتبر هذا العقد بيعاً يجوز فيه الشفعة ، أو لا يعتبر كذلك . أجاب القضاء المختلط بالسلب (١٨ ابريل سنة ١٨٩١ ، ٣ ، ٢٨٦) ونحن نقر هذا القضاء ، لأن عقد التنازل هذا عقد خاص مستقل بذاته sui generis لا يعتبر عقد بيع ، انما يقرب من البيع والبديل والمقد الاحتمالى . وهو كانت وجهة الشبه قائمة به ، فيحتل بمها اعتباره بيعاً أو بدلاً أو عقداً احتمالياً ، وجب اعتباره عقداً خاصاً ذا خصائص خاصة به ، أى لا يعتبر بيعاً صرفاً ، فلا تجوز فيه الشفعة (٢) دى مجلس ج ٣ ص ٢٢٢ ن ٩

(٣) Soulte (٤) فتحي باشا ص ٨٣ (٥) دى مجلس ج ٣ ص ٢٢٢ ن ١٠

— فورجور ص ١٤ (٦) الحللى بك ص ٦٤١ ن ٨٧٨

فربما يترتب على ذلك تعطيل حق الشفعة باستخدام المقايضة مع الفرق ذريعة لذلك (١)

الزينة : لاشفعة في عقار موهوب (المادة ٥) حتى ولو كانت الهبة بعوض (٢) ولكن برأى هنا ما قلناه بشأن البذل . فإذا كان العوض جسيما بحيث يقسم بأن الغرض بيع لاهبة صححت الشفعة ، وعلى الأخص اذا لوحظ أن الواهب والموهوب له قد تواطأ على إفراغ البيع في صورة عقد هبة حتى تمتنع بذلك على الشفع المطلب بالشفعة (٣)

وإذا كان من الجائز أن يكون عقد الهبة لا ينصرف الى الإيهاب الحقيقي وانه يصبح اثبات العكس ، أى اثبات البيع ، فكذلك نرى أيضاً ، أنه اذا كان عقد البيع يتصرف في الحقيقة والواقع الى الإيهاب ، فلا تصح الشفعة ، لأن العبرة بالمعنى المرجو لدى الماقدن لا بالاتفاق المرسومة بالعقد (٤) ويستفاد ذلك من ظروف العقد وحالته الخاصة به ، كقراءة البائع للمشتري وتفاهة الثمن (٥) ويعتبر العقد في هذه الحالة عقداً خاصاً مستقلاً (٦) لأن الشارع لم يبيع الشفعة الا في عقد البيع ، والبيع فقط ، لا في العقود التي تحتل وصفاً آخر (٧) وعلى ذلك تصبح

(١) فورجورس ١٤ (٢) قنحي باشا ص ٨٣ (٣) دي هلس ج ٣ ص ٢٢٣ ن ١٢ — استئناف م ٢٢ مايو سنة ١٤٠٩ . ٣١٤ . وقد روى دي هلس أن الصفحة المتقور بها الحكم في مجلة م ت ق م ٣٣٤ وصحتها ٣١٤ كما ذكرنا (٤) استئناف أول ديسمبر سنة ١٨٩٩ ح ٦ ص ٣٨٢ — استئناف م ٢١ ديسمبر سنة ٩٣ ، ٦ ، ٧٣ — ٤ يناير سنة ٩٩ ، ١١ ، ٨٨ بمجى القضاء ص ٣٤٢ ن ١١٨٨

(٥) استئناف م ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ ، ٢٣ ، ٨٩ — مع ملاحظة أن تفاهة الثمن قد لا يراد بها أحياناً الهبة بل يراد بها تخفيض مصاريف التسجيل : استئناف ١٩ نوفمبر سنة ٩٠١ م ر ١ ، ٤ ص ٦٣ رقم ٢٧ — وإذا تبين الثمن بعد مراعاة ما يشوب العقار المبيع من زراع قائم ومراعاة حسن نية المشتري وما صرفه من المبالغ في الوصول الى حقيقة أمر هذا البقار ، فانه ليس من البذل أن يستفيد الشفع من هذا الطرف ويدفع الثمن المقدر بالعقد لأن ذلك يعتبر إزاء له على حساب غيره . وعلى ذلك يجب رفض الشفعة : استئناف م ١٠ مايو سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ٢٣٩ . انظر أيضاً ٤ يناير سنة ٩٩ ، ١١ ، ٨٨ ، ٢٢ مايو سنة ٩٠٢ السابق ذكره

(٦) Contrat sui generis استئناف م ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ ، ٣ المذكور

(٧) استئناف م ١٠ مايو سنة ٩٠٦ ، ١٨ ، ٢٣٩

الهبة بهذا العقد هبة مستترة مفرغة في قالب عقد بيع . والهبة على هذا الوجه صحيحة ولو لم تعمل بعقد رسمي طبقاً للمادة ٤٨ / ٧٠ مدنى . وفي هذه الحالة يجوز للموهوب له أن يثبت أن حقيقة العقد هبة لا عقد بمعرض . وللشفيع أن يثبت عكس ذلك . وزى ضرورة أن يتوافر شرط نية الإيهاب وقت انشاء العقد الساتر للهبة ، بحيث اذا وجدت نية الهبة بعد انعقاد العقد بزمان قصير أو طويل فان الشفعة تصبح لأنها تكون قد توجهت لعقد بيع صحيح لا لعقد هبة

ولكن كيف تثبت الهبة قبل الشفيع ؟ هل لابد في اثباتها من ورقة ثابتة التاريخ بالقيود المقررة بالمادة ٢٢٩ / ٢٩٤ مدنى وأنه يؤخذ في الاثبات بجميع الادلة بما فيها القرائن وشهادة الشهود ؟ قد رأينا أنه يجوز للشفيع نفسه أن يثبت ملكيته للعقار المشفوع به بجميع أدلة الاثبات وليس ملازماً بتقديم عقد ثابت التاريخ على الأقل . وزى أنه في مقابلة ذلك أيضاً أن يجوز للمشتري إقامة الدليل بجميع أوجه الاثبات على أن الغرض من عقد البيع الحاضر انما هو الإيهاب . ويمكن الاستعانة في ذلك بالظروف التي اكتنف العقد وقت خلقه ووجوده كتفاهة الثمن ، ورابطة القرابة وغيرها بين العاقدين ، وهى قرائن وجدت حتماً مع العقد ولم توجد بعد انشائه . على أنه ان قيل بأن حق الشفيع على العقار المشفوع حق عينى بالنسبة للعقار من حيث التقاضى ، وشخص بالنسبة للشفيع ، من حيث عدم جواز التنازل عنه من طريق المضاربة ، وانه ربما يترتب على عينية الحق احتمال اشتراط اثبات تاريخ الهبة ، فلا يفوتنا القول هنا أن الهبة قد لوحظت وقت العقد بالذات ، وظروف الهبة وجدت بالفعل والواقع مع وجود العقد ، وهو عقد لبيع الساتر للهبة المستترة . وعلى ذلك يتحتم على وجود العقد المعترف به ، وجود الهبة أيضاً المستترة . وللشفيع الحق في هذه الحالة في إقامة الدليل بأن نية الإيهاب لم توجد وقت انشاء العقد ، بل وجدت فيما بعد . وهنا يتأيد حق الشفعة ولا محالة ولا يعتبر الموهوب له ممنوعاً من الشفعة فيما اذا باع الواهب عقاراً آخر وتوافرت لدى الموهوب له شروط الشفعة في هذا العقار الآخر ، وذلك لان

المعار الموهوب ، والذي أصبح المشفوع به ، قد انتقل للموهوب له بجميع الحقوق المقررة له

هذا وقد سبق لنا أن بينا بأن الحيل لا تقبل في الشفعة . وعلى ذلك اذا وهب البائع قطعة أرض فاصلة بين العقار المبيع والعقار المملوك للشفيع حتى بذلك يفوت غرض الشفعة على الشفيع فلا تحول هذه الهبة دون طلب الشفعة^(١)

وينصرف الخطر في الشفعة في العقار الموهوب الى العقار الذي وهبه الواهب مباشرة للموهوب له ، دون أن تكون الهبة مسبقة بعقد بيع يترتب عليه حق الشفعة . وعلى ذلك اذا حصل البيع وتترتب في الحال حق الشفعة فعلا للشفيع فلا يملك المشتري الاقنيات على هذا الحق بأن يهب العقار لاحد آخر به أو أصهاره حتى بذلك يفوت غرض الشفعة . لان في عمل المشتري تعديا على حق مقرر للشفيع . أما اذا جاء البائع الاصلى ورأى أنه يهب العقار للمشتري بدلا من أن يبيعه له ، فلا شفعة هنا للشفيع ، لأن حق الشفعة لم يظهر مطلقاً^(٢)

الوصية : والشفعة غير جائزة في عقار موصى به^(٣) لانها ليست يعباً ولانها ملحقة بالهبة

الميراث : وكذلك لا تجوز الشفعة في عقار موروث^(٤) لان الارث تملك بغير البيع

القسم : ولا تجوز الشفعة في العقارات المقسومة بين الشفعاء لان القسمة مظهرة للحق أى مؤيدة له لا مثبتة للحق أى منشئة له (المادة ٤٥٧ مدنى صريحة في ذلك . وأما المادة ٥٥٥ مختلط المتقابلة لها فقد نصت على ان القسمة بيع . ولكن القضاء المختلط يجرى كما بيناه في مكانه على تقرير أحكام القسمة المقررة بالقانون الاهلى والقانون الفرنسى ، أى ان القسمة بالقانون المختلط تعتبر أيضاً مظهرة للحق

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٤٦ ن ٧٦ — فتحى باشا ص ٨٨ (٢) استئناف ٦ مايوسنة ٩٥ القضاء ٢ ص ٢٤٣ — استئناف ٨ أكتوبر سنة ٩٨ القضاء ٦ ص ٢٧٦
(٣) المادة ١٠٢٣ من المجلة (٤) المادة ١٠٢٣ من المجلة

لا منشئة له^(١)

الصلح : وهو اما ان يتناول العقار المتنازع عليه أم لا يتناوله . فاذا تناوله فلا شفعة حتماً . أما اذا تناول الصلح عقاراً آخر فانا نرى مع ذلك انه لا محل للشفعة أيضاً ، لان التعاقد على هذا العقار كان لظروف خاصة روعيت فيه اعتبارات الخصومة وظروفها ، ولا يجوز ان يستفيد الشفيع هنا استفادة تكاد تكون بلا مقابل^(٢) . ففوق ذلك فان عقد الصلح وهو على هذا الاعتبار بالنسبة للخصومة ودرجة جسامتها بين المتصالحين يكاد يكون عقداً خاصاً^(٣) غير عقد البيع ، والشفعة لا تجوز الا في البيع

في الوفاء بمقابل : يقع أن يفى المدين بعقار في مقابل المبلغ المترتب به وهو ما يسمى بالوفاء بمقابل^(٤) . فهل تجوز الشفعة في ذلك أم لا ؟ اختلف الشارحون في تكييف هذا العقد . فألحقه البعض بالبيع ، والبعض بالوفاء ، والبعض الآخر بالاستبدال^(٥) ومهما قيل في التكييف القانوني للوفاء بمقابل ، فانا نرى ان العقد عقد خاص^(٦) مستقل ، لا تسمى عليه الشفعة^(٧)

وضع العقار في الشركة بمثابة حصص للشريك : كل شريك في الشركة ملزم بتقديم حصته في رأس مالها ، لان تقديم الحصص من أركان الشركة (المادة ١٩/٤١١ مدني) وللشريك ان يقدم حصته نقوداً أو منقولاتاً أو ورقاً مالياً أو متاعاً منقولاً أو عقاراً ، أو حتى انتفاعه في عقار (المادة ٢٠/٤١٢ مدني) وحصص الشريك تندمج

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٢٣ ن ١١ — استئناف م ٤ ابريل سنة ٨٩ ، ١ ص ١٤٧ — ٨ مايو سنة ٩٠ ، ٢ ص ٤٠٩

(٢) دى مجلس ج ٣ ص ٢٢٤ ن ١٤ — فتحى باشا ص ٨٣ — استئناف ٢٥ ابريل سنة ٩٠ م ر ١ ، ٤ ص ٦٦ عدد ٣٦ — الاستقلال ٢ ص ٩٤ عدد ٧٤ — ح ٨ ص ٩٠ — استئناف م ١٠ مايو سنة ٩٠ ، ٨ ، ٢٣٩ ص (٣) Sui generis

(٤) Dation en paiement (٥) انظر بيان ذلك بالاتزامات ص ٣٩٥ - ٣٩٦ ن ٤٠٠ (٦) Sui generis (٧) دى مجلس النيابة السابقة فتحى باشا الصفحة السابقة

في رأس مال الشركة وتصبح جزءاً منه . ورأس مال الشركة ملك للشركة باعتبارها شخصاً معنوياً . وأما حق العضوية فهو حق منقول يجوز له التصرف فيه باعتباره منقولاً حتى ولو قدم حصته عقاراً ، ولو كانت أموال الشركة جميعها عقارات . ولجورد حصول اتفاق بين أعضاء الشركة بقبول العقار المقدم من أحدهم بمثابة حصة له في الشركة تصبح الشركة مالكة له ويصبح هلاك العقار على الشركة حتى ولو لم يحصل تسليم (المادة ٤٢٤/٥١٦ مدني)^(١) وفي ذلك مخالفة صريحة لقاعدة الهلاك المعروفة في البيع اذ الهلاك على البائع قبل تسليم المبيع (المادة ٢٩٧/٣٧١ مدني) والظاهر ان التعاقد على قبول عقار ليكون بمثابة حصة للشريك بالشركة لا يعتبر بيعاً بالمعنى الدقيق المعروف في البيع . نعم ولو ان الشارع قد جعل للشريك مقدم العقار ضماناً للعقار في حالة استحقاقه بعضاً أو كلا وقرر ان هذا الضمان هو كضمان البائع للبيع (المادة ٤٢٥/٥١٧ مدني) الا انه لا يستفاد من ذلك ان التعاقد عن عقد بيع . بل جاءت صيغة المادة باعتبار ان هذا الضمان يحكي ضمان البيع . وفي الواقع لا يمكن اعتبار هذا التعاقد بيعاً حيث لا ثمن معين . وما دام ان نصيب الشريك في أرباح الشركة لا يعتبر نتيجة تسليم العقار للشركة بل يعتبر بسبب الشركة نفسها^(٢) . والذي نقوله ان هذا العقد عقد خاص^(٣) ان تشابه مع البيع فهو لا يعتبر بيعاً بل هو يحكي البيع من بعض وجوهه . وما دام انه عقد خاص فانا نرى انه لا يجوز فيه الشفعة^(٤)

(١) مع مراعاة قاعدة التسجيل وضرورة تسجيل العقد حتى تنتقل الملكية او ينتقل الحق المبنى العقاري بوجه تام (٢) دى ملس ج ٣ ص ٢٢٦ ن ١٩ (٣) Sui generis (٤) وكيف تجوز الشفعة ويحل الشفع على العضو في الشركة وعلى الاخس اذا كانت شركة اشخاص لا شركة أموال ، أى شركة روعي فيها الاعتبارات الشخصية لاعضائها بحيث اذا مات أحدهم انحلت الشركة ؟ ألا تنحل الشركة في الحال لدخول أجنبي فيها من طريق الشفعة وتصبح الشفعة حيلولة ، يتأخر براد بها منع ضرر الجوار ، معولا هادماً لقبوع المنشآت الاقتصادية بوجه تام ؟ ويؤيدنا في رأينا في عدم جواز الشفعة دى ملس النينة المتقدمة ، وفتحى باشا ص ٨٤ . وعلى عكس رأينا القضاء المختلط : ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ ، ١١ ، ٢٥٩

هـ - في تعدد المشترين

٥١٩ - اذا تعدد المشترون ظاهراً ان يكونوا قد اشترى العقار على الشيوع ، واما ان كلا منهم قد تحدث له حصته مفروزة بالعقار . فاذا كان الاول فلا تجوز الشفعة الا في العقار بتمامه أى لا يجوز للشفع ان يشفع في نصيب أو أكثر دون الانصبة الاخرى . وان كان الثاني كان الشفع بالخيار ، ان شاء طلب العقار كله وبتمامه بالشفعة ، وان شاء طلب حصته مفروزة أو أكثر ، مع ضرورة مراعاة شروط الشفعة بالنسبة لكل حصته . وفي ذلك تقول المادة ١١ ما يأتي : « اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه . أما اذا عينت في العقد حصته كل منهم مفروزة ، كان للشفع الحق في طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصته واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الاخذ بالشفعة » وعلى ذلك اذا بيع العقار لعدة أشخاص مع تعيين حصته كل منهم مفروزة جاز للجار الحق في أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه ، أو أن يأخذ الحصص التي توافرت فيها بشروط الجوار (١)

(١) مرجع القضاء ص ٣٤٨ ن ١٢١٣ ويضيف المحكم على ذلك بأن الجار أيضاً في هذه الحالة الأخيرة ان يأخذ أيضاً الحصص المنصلة بالحصص المجاورة لارضه — استثناف م ١٠ مارس سنة ١٩٢٤ ، ٤ ، ١٤٢ . وقد شن دى هلس (ج ٣ ص ٢٥٥ - ٢٥٧ ن ١٠٠ - ١٠١) الفقرة على نص المادة ١١ وما شابهها من النصوص . اذ يرى ان في ورود كلمة quotes-parts معنى لا يستقيم مع القول بتقسيم العقار على المشترين . لان العقار المبيع بلغة مشترين ، اما أن يباع مشاعاً واما أن يباع مقسماً . فلا يبيع مشاعاً ظاهراً بتعين به الانصبة كالثالث والرابع ، واما لامتتين . وفي هذه الحالة الاخيرة يقيم حتى الرؤوس طبقاً للقواعد السامة في الشركة . وان يبيع مقسماً فلا بد من تعيين كل حصته مفروزة على حدة بمحدد وابداء قائمة بذاتها . وفي هذه الحالة لا يصح التعبير عنها بكلمة quotes-parts التي وردت بالنسخة الفرنسية ، والتي ترجمت بالنسخة العربية ترجمة غير صحيحة بالنسبة للكلمة الفرنسية ولكن فسر تفسيراً عربياً صحيحاً اذ وردت بالنسخة العربية والمصطلح المفروزة ، وهو تعبير يستقيم تمام الاستقامة مع ما يريد الشارع . وانهى دى هلس آخر (ن ١٠٠) بتفسير كلمة quotes-parts بالمصطلح المفروزة Parcelles séparées ، وهو التفسير الذي نراه نحن مقبولاً ، والذي نراه طبيعياً لورود النص العربي المادة ١١ صريحاً في ذلك

و - في حقوق المشتري

على العقار المشفوع

٥٢٠ - لاحظنا في تمهيدنا الاول على الشفعة أن المشتري يعتبر مالكا على شرط . أى ان ملكيته النهائية لا تعتبر حاصلة الا بعد سقوط حق الشفعة . فاذا سقط حق الشفعة أصبح المشتري مالكا ملكا نهائيا .
وما القول حينئذ في حق المشتري على العقار أثناء قيام مدة جواز المطالبة بالشفعة ؟ لا بد هنا من التمييز بين حالتين : أولا . حقوق المشتري على العقار المشفوع قبل وصول اذار الاخذ بالشفعة من الشفيع . ثانيا . حقوقه بعد وصول الاذار اليه . ولكل حالة حكم خاص . وبيان

٥٢١ - الحالة الاولى : حقوق المشتري على العقار قبل وبعد وصول اذار الاخذ بالشفعة اليه من الشفيع : ان الشفيع ملزم قانونا بالبحث عما يحفز العقار المقرر له عليه حق الشفعة من ظرف البيع . فاذا أهمل الشفيع مدة عن المطالبة بالشفعة ، مدة ٦ شهور من وقت تسجيل عقد المشتري ، سقط حقه (المادة ٢٢) واذا لم يكن العقد مسجلا تسقط الشفعة بمدة ١٥ عاما كما بينا ذلك في مكانه . وطالما أن الشفيع لا يعلم بحصول البيع فهو في حل من طلب الشفعة في أى وقت يعلم به على شرط ابداء الرغبة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه ، وعليه رفع الدعوى في ظرف ٣٠ من وقت اذار اظهار الرغبة في الاخذ بالشفعة ، وعلى شرط عدم مضي مدتي الستة شهور والخمس عشرة سنة السابقتين . ويجوز للمشتري نفسه أن يخبر الشفيع بحصول البيع اليه (المادة ١٩) حتى اذا رغب الشفيع في الاخذ بالشفعة قام بعمل الاجراءات القانونية المقررة بالمواد ١٤ و ١٥ . وليس المشتري ملزما باخبار الشفيع

وما الحكم حينئذ بشأن العقار المشفوع قبل أن يصل المشتري اذار من الشفيع يرغبه في الاخذ بالشفعة ، أو قبل أن يرسل نفس المشتري اذارا إلى الشفيع بحصول البيع ؟ ان حق المالك على ملكه على نوعين : حق تصرف ، وحق استغلال

من التصرف : للمشتري قبل الانذار المتقدم حق التصرف في العقار . فله بيعه (كما يستفاد ضمناً من المواد ٩ و ١٢) وله رهنه (كما يستفاد ضمناً من المادة ١٢) . فإذا باعه فلا ترفع دعوى الشفعة عليه ، بل ترفع على المشتري منه ، أي ان بيع المشتري الاول لا ينافي نافذ على الشفيع . وفي ذلك تقول المادة ٩ ما يأتي : « العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها » وبذلك لا يدخل المشتري الاول دعوى الشفعة ولا يكون خصماً فيها . بل يدخل فيها المشتري الثاني فقط مع البائع الاصلى ^(١)

ويحل الشفيع محل المشتري الثاني قبل البائع الاصلى طبقاً للمادة ١٣ . فاذا استحق العقار المشفوع كلا أو بعضاً فلا يرجع الشفيع الا على البائع الاصلى ، لا على المشتري الثاني ولا على المشتري الاول . كذلك في حالة العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه ^(٢)

واذا اشترى المشتري ساقط حق الضمان بأن اشترط عليه البائع بأنه لا يضمنه في الصفقة ^(٣) فهل يشفع الشفيع بهذا الشرط ، بأن يكون نافذاً عليه ؟ نظن الايجاب ^(٤) . وعلى ذلك نرى هنا أحوال الضمان وسقوطه المقررة قانوناً ^(٥) وكل شرط يشترطه البائع على المشتري نافذ على الشفيع ، الا ما كان منه منصرفاً الى غل يد الشفيع عن الشفعة وتواطأ فيه البائع مع المشتري اضراراً

(١) وإذا ادخل الشفيع للمشتري الاول وكل المشتري الثاني اجنيا فيطلب المشتري الاول اغراضه من الدعوى ، وبمخرجه يخرج الدعوى من الاختصاص الاهلي ، ولا يطلب أولاً الحكم بفساد الاختصاص : مصر الكلية ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٣ الاستقلال ، ٤ من ٥٧٨ ، وتأيد بالاستئناف في ٢ مايو سنة ١٩٠٥ ح ٢٠ ص ٢٥٦

(٢) دى مجلس ج ٣ ص ٢٩٤ ن ١٩٤ . — قورجور ص ٣٣٠ من مجلة مصر الحديثة

(٣) clause de non garantie (٤) قورجور ص ٤٧ من رسالته

(٥) الحلالي بك ص ٤١٥ ن ٦١٥ وما بعدها

(١) بالشفيع

ومن المستحيل أن يقال بعدم سريان الشروط المأخوذة ضد المشتري على الشفيع . والاعتذرت المعاملات بين الافراد فلا يجد البائع مشترياً بهذه الشروط في مصلحته . ويصبح حق الشفعة حقاً ممتازاً مضيقاً للمعاملات و يرفع الدعوى على المشتري الثاني معنى الزام الشفيع بضرورة احترام شروط هذا العقد ، والتمن المبين فيه . فاذا كان الثمن من نصاب الاختصاص الكلى وجب رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ، ولو كان ثمن الشراء الاول مما يدخل في النصاب الجزئى . وللشفيع الحق في اثبات الصورية عقد المشتري الثاني . وبذا لا يدفع الا الثمن الذى اشترى به المشتري الاول (٢)

واذا كان له حق اثبات صورية عقد المشتري الثاني وكان الثمن بهذا العقد من نصاب المحكمة الكلية ، و ثمن عقد المشتري الاول من نصاب المحكمة الجزئية ، فامام أى محكمة يرفع الدعوى للمطالبة بالشفعة مع اثبات الصورية ؟ نرى رفعها أمام المحكمة الكلية لانها هى التى تفصل فى الدعوى المقدرة الآن بانها كلية . ولا يصح رفعها أمام المحكمة الجزئية لانه لا يجوز لها أن تفصل فى صورية أمر يخرج بطبيعته عن اختصاصها (٣)

واذا كان الشفيع ملزماً برفع الدعوى على المشتري الثاني لاعلى الاول ، اذا حصل الشراء الثاني قبل تسجيل الانذار المرسل منه بالاخذ بالشفعة (المادة ١٥)

(١) ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ ، ٢٢ ، ٥٦ حيث حكم بصحة الشرط المأخوذ على المشتري بأن يبنى منزلاً بالأرض المبيعة في ظرف سنة ، وأن يحافظ على سطح الأرض بمآلاته الحاضرة ، والا فسخ العقد
(٢) المنصورة الكلية في أول فبراير سنة ١٩١٧ ح ٣٣ ص ٤١ — استئناف ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ ش ، ٢ ص ١٥٤ عدد ١٧٢ — ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ ، ٢٦ ، ٢٢٣ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ ، ٢٧ ، ١٠٠ (٣) فاذا أخطأ للشفيع ورفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية وحكم فيها بعدم الاختصاص و زالت مواعيد الشفعة سقطت الشفعة : راجع ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢٥٧ — وراجع أيضاً ٢٨ مايو سنة ١٩١٢ ، ٢٤ ، ٢٤٥ — استئناف ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ر ١ ، ٢٤ ص ٢٣ عدد ٢١

فكيف يستطيع التعرف على هذا المشتري الثاني ؟ السبيل الوحيد لذلك هو الاطلاع على سجلات التسجيل . ولا يستطيع الشفيع معرفة حصول شراء ثاب الا بواسطة هذه الطريقة المقررة للعلانية والاشهار . وعلى ذلك اذا لم يسجل المشتري الثاني عقده قبل تسجيل الانذار بالشفعة فلا يعتبر عقده حجة على الشفيع ، لان الشفيع يجزله . ويجوز حينئذ للشفيع رفع الدعوى على المشتري الاول وتعتبر صحيحة ، وليس للمشتري الثاني الاحتجاج عليه . وفي هذه الحالة يجوز للمشتري الثاني الدخول خصماً ثالثاً في الدعوى لا ليكمل الاجراءات موجهة ضده ، بل ليشرف على ما جريات الدعوى ، حتى اذا حكم بالشفعة وسبق له أن دفع الثمن الى البائع له ، وهو المشتري الاول ، فانه يتخذ احتياطاته في حفظ حقه على هذا المبلغ . ولا يجوز للمشتري الثاني الرجوع بتعريض ما على البائع له ، لان أمر التسجيل يختص بالمشتري لا بالبائع (الا اذا كان البائع هو السبب في عدم تسجيل العقد

ولكن اذا فرض وعلم الشفيع علماً كيدا بحصول الشراء الثاني ومع ذلك سجل انذاره ^(١) فانه لا يجوز له مع ذلك رفع الدعوى على المشتري الاول . بل يجب عليه رفع الدعوى على المشتري الثاني . وان أراد الطعن بالصورية جاز له ادخال المشتري الاول ، مع مراعاة رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ان كان الثمن المطعون فيه بالصورية يدخل في النصاب الكلي

ولكن هل تتأثر هذه القاعدة بقانون التسجيل الجديد الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ ؟ وهل يجوز للشفيع أن يقصر الدعوى على المشتري الاول ، وأن يجمل الثاني ، (مع عدم طعنه في صورية العقد) وأن يدعى بأنه ما دام أن عقد المشتري الثاني لم يتسجل فلا يعتبر مالكا ولذا لا يخصمه حتى ولو كان هذا الشفيع يعلم علماً كيداً بحصول البيع ، وهو البيع غير المسجل ؟ نقول بالسلب

(١) وبحصل ذلك انه عند ما حصل الانذار الى المشتري الاول فيجب هذا الاخير بأنه تصرف في العقار للمشتري الثاني وانه لاشأن له بالشفعة ، فبعد الانذار لصاحبه وهو الشفيع ثم يقوم بتسجيله رغم علمه بخروج العقار من يد المشتري الاول الى المشتري الثاني

ويجب على الشفيع مخاصمة المشتري الثاني غير المسجل عقده ، ما دام الشفيع يعلم علماً أكيداً بمحصول البيع الثاني . وذلك كله يرجع الى أن التسجيل أمر متعلق بالمشتري الثاني ، فهو مشتر وله حقوق على العقار ، مع أنه لم يسجل . وقد شرحنا ذلك في مكانه عند ما تكلمنا على صحة الشفعة حتى ولو كان عقد الشفيع الذي يملك العقار المشفوع به غير مسجل . أو كان عقد المشتري المشفوع منه غير مسجل أيضاً . هذا والتسجيل من جهة أخرى وفي كونه أداة علانية يتعرف بها الغير على ما حفر العقار من تقرير حقوق عينية متوقعة عليه ، قد لا يعبأ به فيما اذا استطاع الغير أن يعلم علماً أكيداً بما كان يريد الوقوف عليه بواسطة التسجيل . وقد شرحنا ذلك في قانون التسجيل الجديد كما سيأتي بعد :

وللمشتري حق رهن العقار المشفوع رهنًا حيازياً ^(١) أو غير حيازى ^(٢) . ولدائتيه الحق في أخذ اختصاص على العقار . وكل ذلك نافذ على الشفيع قبل الانذار بالاخذ بالشفعة . وأما الرهون والاختصاصات المتوقعة بعد الانذار فلا تكون حجة عليه . وفي ذلك تقول المادة ١٢ ما يأتي : « كل رهن من المشتري ^(٣) وكل حق اختصاص ^(٤) حصل عليه دائنوه وكل بيع ^(٥) وكل حق عيني ^(٦) قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذي سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للعادة الرابعة عشر الآتية لا يسرى على الشفيع ويبقى مع ذلك لاصحاب الديون الممتازة ^(٧) وللدائنين المرتهنين ^(٨) ما كان لهم من حقوق الاولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار ^(٩) » ويفهم من ذلك ما يأتي :

١ — ان الرهون على نوعيها ، (ولو أن المادة ١٢ لم تذكر الرهن الحيازى ولكن لابد من الاخذ به باعتباره خاضعاً للتسجيل ليكون حجة على الغير)

(١) Gage immobilier (٢) Hypothèque

(٣) Les inscriptions hypothécaires

(٤) Les affectations spéciales (٥) toutes ventes (٦) tous

réanciers hypothécaires (٨) Créanciers privilégiés (٧) droits réels

(٩) استثنائاً ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ ، الاستقلال ، ٢ ص ١٨١ عدد ١٧٤ ، و ١٧ يوليو

سنة ١٩١٧ الاستقلال ، ٥ ص ٤٦٧ عدد ٢٠٤ ، ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ ، ٢٩ ، ٣٧٢

والاختصاصات والتصرفات بأنواعها كالقراء والبدل وغير ذلك (ولم تنص المادة ١٢ الا على البيع فقط . ولكن لا بد من الاخذ بأنواع التصرفات الاخرى حيث لا مبرر لتمييز نوع على آخر) نافذاً على الشفيع اذا حصل قبل الانذار . وأما اذا حصلت بعد الانذار فهي لا تسرى عليه مطلقاً

٢ - ولكن لما كان للدائنين المرتهين (وتقول المادة بنصها الفرنسي ^(١)) المرتهين رهناً غير حيازي . ويجب ان يضم اليهم ايضاً الدائنون المرتهنون رهناً حيازياً) حقوق متوقعة على العقار المشفوع منه ، فتنصب هذه الحقوق هذه المرة على الثمن الذي يدفعه الشفيع . ولا يجوز التمتع بالحقوق المترتبة على الرهن وهي حق التمتع ما دام ان حقوقهم قد تقررت بعد تسجيل انذار الاخذ بالشفعة من الاستغلال : لم يتكلم القانون على حق الاستغلال بل قصر حكمه على حق التصرف . ولا يستفاد من ذلك أن المشتري ممنوع من حق استغلال عقاره وادارته بل له ذلك حتماً . انما هناك قيود ترجع أيضاً الى أعمال الادارة السابقة على وصول انذار الشفعة الى المشتري ، وإلى أعمال الادارة اللاحقة

٥٢٢ - ١ - من الاستغلال والادارة قبل وصول انذار الاخذ بالشفعة الى المشتري : للمشتري أن يستغل عقاره كما يشاء قبل وصول انذار الشفعة اليه وقبل عمل الانذار منه للشفيع باظهار الرغبة في الشفعة . وأعمال الادارة هذه نافذة على الشفيع حتماً . ومن شأن هذه الاعمال تعطيل العمل في الاخذ بحق الشفعة . لانه اذا فرض وأجر المشتري العقار لمدة طويلة أو بنى أو غرس كما سيأتي بعد لترتب على ذلك احتمال امتناع الشفيع في الاخذ بالشفعة اما لبخس الايجار وما يعود عليه من الضرر بسبب هذا البخس ، واما لانه لا يستطيع أن يدفع قيمة المباني أو الفرائس . ولكن ما القول فيما اذا كان المشتري قد سارع الى القيام بالتأجير بالبخس ولمدة طويلة ، أو قام باحداث بناء كثير التكاليف وفيه ارهاق للشفيع بما لا يستطيع معه المطالبة بالشفعة (لان الشفيع لو طلب الاخذ بالشفعة لتحتم

عليه دفع اما مصاريف البناء أو ما زاد في القيمة، والاختيار بين الامرين معقود برغبة المشتري، كما تقرر ذلك المادة ١٠) وفعل المشتري ذلك بقصد الاضرار بالشفيع الذي سيظهر فيما بعد؟ فهل تسمى هذه الاعمال وقد شابهها النقص والتدليس على الشفيع أم لا تسمى أخذاً بنظرية التعسف في استعمال الحق^(١)؟ نرى صحة الاخذ بهذه النظرية في هذه الحالة. لان الحق لا يحمي القانون الا اذا أجراه صاحبه بحسن نية ولم يصرفه الى الافتيات على حقوق الغير. ونرى ضرورة التزام الشفيع باثبات النقص والتدليس. واذا تأجر العقار لمدة طويلة وبأجر بخس فلا تلتفي الاجارة الا اذا كان المستأجر شريكاً في التدليس والنقص مع نفس المشتري: أما اذا ثبت التدليس من جانب المشتري المؤجر دون المستأجر فهي مسارية على الشفيع. وله حق التعويض قبل المشتري. وأما البناء وقد شابه النقص والتدليس أيضاً فانا نرى أن المشتري يحرم من حقوق الامتياز التي قررتها له الفقرة الاولى من المادة ١٠، أي لا يجوز له باختياره لا طلب ثمن البناء ولا طلب قيمة الزيادة في الثمن. انما تصح معاملته بحكم الفقرة الثانية من المادة ١٠ المذكورة، وهي الفقرة الخاصة باحداث البناء بعد وصول انذار اظهر الرغبة في الاخذ بالشفعة. أي أن يكون الشفيع بالخيار، ان شاء طلب ازالة البناء، وان شاء أبقاه ودفع قيمة الادوات وأجرة العمل، أو مصاريف النراس ان كان المنشأ غراساً. أما مصاريف صيانة العقار فيلزم بها الشفيع حتماً على كل حال بعد وقبل الانذار.

٥٢٣ - ٢ - من الاستغلال والادارة بعد وصول انذار الشفعة :

ان القانون لم يشر هنا الا الى البناء والنراس اللذين يجزئهما المشتري بعد وصول انذار الشفعة اليه. وفي هذه الحالة قررت الفقرة ٢ من المادة ١٠ ما يأتي : « واذا حصل البناء أو النراس بعد طلب الاخذ بالشفعة فلا شفيع الخيارات ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاءهما. وفي هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الادوات

وأجرة العمل أو مصاريف الغراس » اذ في هذه الحالة لا يلومن المشتري الا نفسه . لانه بنى وغرس وهو يعلم أن العقار مطلوب بالشفعة اذا وصله انذار الشفعة من الشفيع ، أو مهدد بالاخذ بالشفعة ، اذا بعث المشتري بانذار للشفيع يخبره فيه بمحصول البيع وطلب الشفعة ان شاء . وكان الافضل له أن يترتب سقوط الشفعة فيجربى ما يشاء من البناء والغراس . وفي تقرير الاختيار للشفيع بين ابقاء المبنى والغراس ودفع ثمن تكاليفها ، أو الإزالة ، جزء من القانون لمن يعمل في غير عناية بالاخذ بمحظورات القانون . واذا فرض ولم يجز المشتري احداث بناء ولاغراس خوفاً من الشفعة وانتظاراً لسقوطها ، ثم جاء الشفيع وطالب بالشفعة ولكنه تنازل عنها قبل الحكم فيها ، فهل يلزم بتعويض للمشتري في مقابل الضرر الذي أصاب هذا الاخير من جراء عدم احداث البناء ، أو الغراس ، في وقت مناسب ؟ لانظن ذلك ما دام الشفيع في حدود حقه واستعمله بحسن نية . وأما اذا استخدم حق الشفعة بسوء نية ارهاقا للمشتري ومضايقة له ثم تنازل بعد ذلك عن الشفعة ، فانا ترى ضرورة الحكم بتعويض . لان أساس التمسك في استعمال الحق الخطأ^(١) فاذا ظهر الخطأ في أى صورة من صورته ، حق التعويض حما اذا توافرت الشروط الاخرى وهى الضرر وغيره من الاركان المعروفة

٥٢٤ - هلاك العقار والمنفوع منه : نعرف من أمر الهلاك في القانون

المصرى أن الحكم فيه واحد مع القانون الفرنسى ما عدا الهلاك في البيع^(٢) اذ بينا يجعل الشارع الفرنسى الهلاك على المشتري باعتباره مالكا أخذاً بحكم المادة ١١٣٨ ، فان الشارع المصرى يجعل الهلاك على البائع قبل تسليم المبيع (المادة ٢٩٧/٣٧١ مدنى) وأما بعد التسليم فالهلاك على المشتري . وعلى ذلك اذا حصل تسليم العقار من البائع للمشتري المنفوع ضده أصبح الهلاك على هذا الاخير

(١) Faute (٢) الالتزامات من ١٩٢ — ٢٠٩ ن ٢٠٢ — ٢١٩ الملل بك

من ٣٠١ ن ٤٧٤ وما بعدها

ووجب عليه الثمن فيما اذا لم يدفعه من قبل . وأما اذا لم يحصل تسليم من جانب البائع وحصل هلاك العقار في يده ، فإن العقد ينفسخ (راجع المواد ١٧٧ — ١٧٩/٢٤٠ — ٢٤٢ مدني) . هذا في علاقة البائع مع المشتري المشفوع منه وما هو اذن حكم الهلاك في علاقة الشفيع مع المشفوع منه ، وهو المشتري والبائع لهذا المشتري ؟

فاذا هلك العقار بيد البائع ، بعد المطالبة بالشفعة ، وقبل تسليم العقار للمشتري ، سقطت الشفعة ، وكان الهلاك على البائع أخذاً بالمادة ٢٩٧/٣٧١ مدني واذا هلك العقار بيد المشتري قبل ان يصله انذار اظهار الرغبة في الشفعة ، فالهلاك على المشتري . وعليه دفع الثمن الى البائع اذا لم يسبق له دفعه اليه . واذا هلك العقار بعد انذار الاخذ بالشفعة ، وقبل رفع دعوى الشفعة أو بعد رفعها ، فالهلاك أيضاً على المشتري . لان الشفيع يملك دائماً وأبداً الحق في التنازل عن دعوى الشفعة وعن اجراءاتها . ويفعل ذلك على الاخص اذا تبين له ان العقار قد هلك . واذا حكم ابتدائياً للشفيع ، ورفع المشتري استئنفاً ثم هلك العقار قبل صدور الحكم كان الهلاك أيضاً على المشتري ، لان الشفيع يملك أيضاً وحده حق الشفعة . واذا حكم نهائياً بالشفعة ولم يحصل تسليم العقار للشفيع ، فالهلاك على المشتري أيضاً . لان المشتري وهو المشفوع منه ملزم قانوناً بتسليم العقار . وأما وقد استحال عليه الوفاء بالتسليم فيجب فسخ العقد ، أخذاً بالمادة ١٧٧/٢٤٠ مدني حيث تقول « زول التعهدات بالقسح^(١) اذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن » ومتى فسخ العقد تبرأ ذمة كل من العاقدين من الالتزامات قبل الآخر أخذاً بالمادة ١٧٩/٢٤٢ مدني حيث تقول : « اذا انقسخ العقد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به^(٢) . . . » ولا يطالب كل من الشفيع والمشتري بمضهما البعض بأي تعويض ما . كل هذا أيضاً اذا كان الهلاك بغير

(١) Résolution (٢) Obligations corrélatives ذكرى بك الراي من ٦٩

خطأ المشتري . وأما اذا كان حاصلًا بخطأه جاز للشفيع مع وجود الفسخ وزوال الالتزامات المتبادلة مطالبة المشتري بتعويض

وكذلك تصبح المطالبة بالتعويض اذا حصل الهلاك بغير خطأ المشتري ولكن وقع الهلاك بعد أن قام الشفيع بتكليف المشتري بتسليم العقار ولم يف بالتسليم حتى هلك العقار (المادة ١٧٨ / ٢٤١ مدنى)^(١)

هذا اذا كان الهلاك كلياً . أما اذا كان بعضاً واما أن يكون حاصلًا والعقار تحت يد البائع واما بعد تسليم العقار للمشتري

فإذا حصل الهلاك البعضى أو التلف البعضى قبل تسليم العقار للمشتري ، أصبح هذا الأخير فى حل من الاخذ بالاختيار بواحد من اثنين ، فيما لو كان العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء ، وهى اما الفسخ واما ابقاء المبيع بالتمن المتفق عليه (المادة ٢٩٨ / ٣٧٢ مدنى) . واذا حصل الاختيار قبل اظهار رغبة الشفيع فى الاخذ بالشفعة ، كان الاختيار صحيحاً لازماً وحجة على الشفيع . أما اذا حصل انذار الشفعة قبل حصول الاختيار من المشتري ، فان هذا الاختيار ينتقل حتماً للشفيع ، لان بعد الانذار تقل يد المشتري ، ويصبح للشفيع الحق فى أن يفسخ العقد بينه وبين البائع (لان الشفيع يحل محل المشتري قبل البائع : المادة ١٣) . ويبقى العقار بالتمن المبين بالعقد^(٢) ولكن هل تختلف وجهة النظر فى هذه الحالة بين الشفيع والمشتري فيما يتعلق بتقدير المسئلة الخاصة بمسامة الهلاك أو العيب ومعرفة ما اذا لو كان العيب الموجود بالعقار معلوماً لدى المشتري لامتنع هذا الأخير عن الشراء ، الامر المنوه عنه بالمادة ٢٩٨ المذكورة ؟ وهل ينظر الى التاف بالمعين التى كان يراهيه المشتري ، أو بالمعين التى يرى بها الشفيع هذا

(١) ورد بالنسخة الفرنسية للمادة ١٧٨ / ٢٤١ عبارة mise en demeure وأخرجت الى اللغة العربية بعبارة « بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً » وهذه الترجمة غير صحيحة فى عبارة « تكليفاً رسمياً » لان ذلك حشو من جانب المترجم وتقييد لتكليف فى أن يكون على يد محضر ، وهو ما لم يرد الشارع : انظر فى ذلك كتابنا فى الالتزامات ص ٢٦٣ ن ٢٧٧

(٢) ذكرى بك الرابى ص ١٣٣ ن ٧

التلف ، والفرق ظاهر بين الاثنين ، إذ تختلف اعتبارات كل منهما عن الآخر .
 قد يقال بأن الشفيع وقد حل محل المشتري امام البائع بالمادة ١٣ من قانون
 الشفعة فقد أصبح بذلك في حل من التمتع بحق الاختيار المقرر له بالمادة ٢٩٨ /
 ٣٧٢ مدني ، أي يجب أن ينظر الى اعتباراته الخاصة به ، دون اعتبارات المشتري
 نفسه . وعلى ذلك اذا كان التلف البعض لا يؤثر على المشتري فيستبقى العقار لديه ،
 فان هذا التلف نفسه قد يؤثر على الشفيع فلا يرى معه استبقاء العقار . وعلى ذلك
 يفسخ العقد بين الشفيع والبائع الاصل . وبهذا تقوت مصلحة كبرى على البائع ،
 اذ قد زال أمامه المشتري بمحصل الشفعة ، ثم فسخ العقد لمناسبة الشفعة . أليس
 في ذلك خطورة على المعاملات بين الناس ، ويترتب على الشفعة تعطيل لها ؟

هذا فيما اذا كان التلف قد حصل والعقار تحت يد البائع ولم يستلمه المشتري
 بعد . وأما اذا حصل التلف والعقار تحت يد المشتري فاما أن يكون التلف حاصلًا
 قبل انذار الشفعة أو بعد الانذار . فان حصل بعد الانذار وقبل الحكم نهائياً
 بالشفعة وقبل التسليم للشفيع فاهلاك على المشتري لان الشفيع في حل في كل
 وقت من التنازل عن الشفعة . واذا حصل بعد الانذار وبعد الحكم نهائياً وبعد
 التسليم فاهلاك على الشفيع . واذا حصل بعد الانذار وبعد الحكم النهائي وقبل
 التسليم فالذي نراه أن يقرر له نفس الاختيار المقرر بالمادة ٢٩٨ للمشتري . واذا
 حصل التلف قبل الانذار فاهلاك على المشتري سواء كان الشفيع يعلم به أو لا يعلم ،
 لان له التنازل عن الشفعة في كل وقت كما ذكرنا

ز - المشتري بعد الحكم

بالشفعة

٥٢٥ - رأينا أن الشفيع يحل محل المشتري (المادة ٣) ويحصل هذا
 الحل بالإستبدال^(١) أي استبدال المدين بمدين آخر ، وهو استبدال المشتري

بالشفيع . وقلنا ان الشفيع يحل محل المشتري في جميع الحقوق المقررة لهذا الاخيه
 ما عدا تقييد الثمن ، وفي الواجبات التي ألزم بها بعقد البيع . وما دام أن حق
 الشفعة لم يقرر له في الحقيقة والواقع الا من وقت البيع ، وأنه لا بد من اظهار الرغبة
 بالتسك به ، ومن وقت رفض المشتري لا بد من رفع الدعوى في مدة معينة ، وأنه يجوز
 للمشتري التصرف بجميع أنواع التصرفات في العقار قبل وصول انذار الشفيع
 اليه ، أو قبل انذار المشتري للشفيع ، وان التصرفات الحاصلة بعد تاريخ احد
 الانذارين ليست نافذة على الشفيع . استدل من ذلك كله أن الحلول المقول به
 بالمادة ١٣ لا يكون نافذاً على الشفيع الا لغاية الوقت الذي وصل فيه انذار هذا
 الاخير للمشتري ، أو لغاية الوقت الذي صدر فيه الانذار المرسل للمشتري وعلى
 ذلك تنفذ على الشفيع شروط العقد وتصرفات المشتري قبل أحد الانذارين .
 أي أن للحلول أثراً رجعياً يبتدىء من وقت وصول الانذار للمشتري . أو
 من وقت حصول الانذار للشفيع وينتهي بالنزول الى وقت تحرير العقد . ولكن
 هل يسرى هذا العقد برمته على الشفيع حتى ولو كان غير مسجل؟ قلنا بالايجاب
 وبيننا الادلة في ذلك . واذا كان عقد المشتري يسرى على الشفيع ولو كان غير
 مسجل فهل لا يشترط فيه على الاقل أن يكون ثابت التاريخ حتى يحتج بما جاء به
 عليه ، ويعتبر الشفيع في هذه الحالة من طبقة الغير بالنسبة للمشتري . لانه يخشى
 أن يصطنع البائع مع المشتري عقداً آخر غير العقد الاول فيقرر فيه من الشروط
 القاسية ما يمتنع معه الشفيع من الشفعة ؟ وفي ذلك افتئات بالتواطؤ والتدليس
 على حق أقره القانون ؟ وان قيل بالايجاب في ضرورة اثبات تاريخ عقد المشتري
 طبقاً للمادة ٢٢٩ مدني حتى يكون حجة على الشفيع ، أفلا يلاحظ على ذلك
 ارهاق بالمشتري في تكليفه باجراءات ، مع أن حق الشفعة لا يتقرر حتماً للشفيع
 الا بتحقيق البيع ، وقد تحقق ؛ الذي زاه أن لا محل لاثبات تاريخ عقد المشتري
 وهو ذلك العقد الذي بمجرد حصوله يتقرر الحق في الحال للشفيع . واذا توجس
 الشفيع خيفة من حصول غش آخر ضاراً به فما عليه الا أن يثبت ذلك بجميع أدلة

الاثبات حتى ولو كان عقد المشتري ثابت التاريخ أو مسجلاً ، لان هذا العقد لا يحول البائع والمشتري دون التواطؤ اضراراً بالشفيع
 واذا كان للحلول أثر جمعي ينتهي الى وقت انعقاد العقد ، بحيث تصبح تصرفات المشتري قبل الانذارين حجة على الشفيع ، وبحيث لا تصبح تصرفاته واعماله الادارية الخاصة باستغلال العقار من بناء وغرس وتأجير حجة على الشفيع بعد الانذارين (المادة ١٠) استدل من ذلك على أن الشفيع يعتبر مالكا للعقار المشفوع من وقت انعقاد عقد البيع^(١) مع ملاحظة ما يأتي : أولاً . انه لا يعتبر مالكا ملكاً حقيقياً الا من وقت الانذار (من وقت وصول انذاره للمشتري ، أو من وقت صدور انذار المشتري له) بحيث يجوز مطالبة المشتري ببيع العقار المشفوع من هذا الوقت^(٢) . وأما عن الوقت الذي تقدم الانذار ، فالمالك فيه هو المشتري

(١) استئناف ١٥ مارس سنة ٩٤ المحاكم ، ٥ ص ١٠٨ عدد ١٧١ . — طنطا ١٦ نوفمبر سنة ٩٠١ م ١ ، ٣ ص ١٨ . — ذكى بك العرايى ص ٦٦ ن ١١٣
 (٢) فورجور ص ٤٨ . — ذكى بك العرايى ص ٦٨ ن ١١٩ . — استئناف ٢٩ ديسمبر سنة ٩٠٩ م ١ ، ١١ ص ٩٧ عدد ٣٥ وعلى ذلك اذا سبق الشفيع ان كان واضح اليد على العين المشفوعة ومستفلاً لها فالبيع له . ولذا لا يجوز للمشتري مطالبة بهذا البيع : الاقصر ٣١ مارس سنة ٩٠٣ م ١ ، ١١ ص ٢٦ رقم ١٠ . المحاكم ٢٢ ص ٤٦٥٨ . وهناك رأى يقرر عكس الرأى الذى قلنا به . وهو أن المشتري لا تزول عنه الملكية في العقار المشفوع الا من وقت أن يصبح غير مالك بمحكم نهائى . ولناية هذا الحكم النهائي يكون في حل من الارتفاع بنقطة العقار . وفي هذه الحالة لا يجوز له مطالبة الشفيع بفوائد ثمن الصفقة : استئناف م ١٧ يناير سنة ٩٠١ ، ١٣ ، ١٢٤ ، أى كأن هناك مقاصة بين ربح الارض وفوائد الثمن . حتى ولو استعملت المقاصة بان كانت الارض المشفوعة لا تزول ودفع المشتري فوائد الثمن للبائع ، فانه يكون في حل من مطالبة الشفيع بهذه الفوائد واعتبارها من ملحقات الثمن ، استئناف ٦ يونيو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٣٣١ — انظر أيضاً استئناف م ١٢ يونيو سنة ١٨٩٥ . ٧ ، ٣٤١ (حكم مكتوب بالغة الابطالية) الذى قضى بان الشفيع الذى زرع الارض وصرف عليها المصاريف اللازمة لا يجوز أن يحرم من الزراعة القائمة بالارض ولا يلزم تسليم الارض الا في آخر السنة الزراعية الجارية ، وأن يأخذ الزراعة القائمة لنفسه خاصة . وتأيد هذا الرأى العكسى والمناقض لرأينا بمحكم بين سوف الجزية في ٢٨ أكتوبر سنة ٩٢٢ ح ٣٧ ص ١٧١ عدد ٦٦ حيث قرر بأنه ليس للشفيع الحق في غلة العقار المشفوع حتى ولو كان قد قام بمرض الثمن عرضاً حقيقياً الا من تاريخ الحكم له بالشفعة الا من تاريخ عرض الثمن عرضاً حقيقياً . واعتمد هذا الحكم على تأييد رأيه بالرجوع الى حكمي

وغاية العقار له خاصة كما أن تصرفاته فيه صحيحة نافذة . ثانياً - ان تصرفات المشتري قبل الانذار نافذة على الشفيع باعتباره قد حل محله في عقار ترتب للغير حقوق عليه ، وهو المتصرف اليهم ، وهذا لا يتعارض مع القول بأنه يعتبر مالكا من وقت انعقاد عقد البيع . ولذا نقول بأنه لو سبق وحصل وعد تبادل بالتبايع بين الشفيع وشخص آخر على بيع هذا العقار له في حالة الحصول عليه بالشفعة وحصل ذلك في الفترة بين انعقاد عقد المشفوع منه مع البائع له ، وبين الانذار ، إمكان للوعد التبادلي هذا أثر رجعي ، بمعنى أن المشتري من الشفيع يعتبر مالكا من وقت انعقاد عقد الوعد بالبيع ، حتى ولو كان عقد الوعد حاصلًا في نفس يوم حصول عقد المشتري المشفوع منه مع البائع ، كل ذلك على شرط عدم الاضرار بمحقوق تكون تقرر لتغير على العقار المشفوع من قبل المشتري المشفوع منه قبل الانذار

وإذا كان الشفيع يعتبر مالكا ملكا من وقت انعقاد عقد البيع المعقود بين البائع والمشتري المشفوع منه ، وأن حقه في الفلّة لا يكون الا من وقت الانذار ،

١٧ يناير سنة ٩٠١ و ٢ يونيو سنة ٩٠٥ المتقدم ذكرهما ، وبالرجوع الى أقوال فقهاء الشريعة الاسلامية (مثل ابن عابدين ج ٥ ص ١٤٣ والفنوي الهندية ج ٥ ص ١٦١) اذ جاء بها وصفها ان الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ ، والى غير ذلك كالريفي ج ٥ ص ٢٣٩ في أن الشفعة شرعت لمنع الضرر للجب المنفعة ، ثم قد حكى ٢٩ ديسمبر سنة ٩٠٩ و ٣١ مارس سنة ٩٠٣ الاملين المتقدم ذكرهما ، ثم قل بأنه لو أخذ بالرأى القائل بأن الشفيع يعتبر مالكا من يوم الطلب لورث الورثة هذا الحق ، مع ان الامام الاعظم لا يبيع للتوارث وانتهى به البحث الى ان قال بأن أدلته السابقة تكفيه مؤثرة الرد على قاعدة ان الاحكام مطلنة ومقررة الحقوق ، أى مظهرة لها لا موجهة لها أى لامتنبية لها ، اذ الشفعة استثناء من هذه القاعدة

اما هذا الرأي النكسي القائل بأن لاحق لشفيع في الربع من وقت ابداء اظهار الرغبة والشفعة فهو رأى في نظرنا غير صحيح للدلالة التي قدمناها . ونلاحظ ان حكم محكمة بنى سويت الجزئية في ٢٨ اكتوبر سنة ٩٢٢ المتقدم الذكر ، عاجل مبدأ على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية . وهذا الاسلوب لا يصدق في حق قرره القاتون المسون وأصبح بذلك خاضعا للاحكام العامة للقانون المعروف الان . وأما القول بأن قاعدة رجعية الار الحكم المظهر للحق لا تسرى على الشفعة ، استثناء غير صحيح لانه لا سند بالقانون لهذا الاستثناء . ولان الار الرجعي للاحكام هي القاعدة التي يجب أن تنطبق على جميع الاحكام المظهرة ، ما عدا الاحكام المثبتة كحكم رسو الزاد

وهو الوقت الذي كان يجب أن يتم فيه حلول الشفيع محل المشتري في المقار أمام البائع فيما لو رضى المشتري بإعطاء المقار بالشفعة للشفيع ، فإن الحكم الذي يصدر في دعوى الشفعة لا يخرج عن كونه مؤيداً لحق مقرر من قبل ، أى مؤيداً للملكية لدى الشفيع بلا غلة من وقت عقد البيع ، ومؤيداً بها مع الحق في الغلة من وقت الانذار . والقاعدة المقررة في الاحكام أن الاحكام جميعها مظهرة للحق لا منقشة له ، الا ما خص بحكم رسو المزداد ، اذ يعتبر هذا الحكم بمثابة عقد يعقده القضاء نفسه ويكون فيه هذا القضاء أحد طرفيه من طريق النيابة عن المدين الذي حظر عليه التصرف في عقار أصبح في قبضة القضاء على ذمة الدائنين لصاحب المقار .

واذا كان الحكم الذي يصدر في دعوى الشفعة مؤيداً لحق الملكية عند الشفيع من وقت الانذار ، فيعتبر على ذلك سنداً لتمليك الشفيع ، بدلا من سند التعاقد الذي كان يجب ان يحصل بين الشفيع والمشتري . وفي ذلك تقول المادة ١٧ ما يأتي : « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع^(١) وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » والمراد بسند الملكية ، السند الذي كان يجب تحريره بين الشفيع والمشتري عقب الانذار بالشفعة

٥٢٦ - وبعد صدور الحكم يلاحظ ما يأتي :

- (١) يلزم المشتري ببيع المقار كما قلنا من ذلك الانذار
- (٢) ان كان المشتري دفع الثمن كله أو بعضه للبائع فهو يتقاضى ما دفعه من الشفيع مباشرة دون تدخل البائع في ذلك . وأما الباقي من الثمن فلا يدفعه الشفيع الا للبائع بالذات دون تدخل المشتري
- (٣) ان لسكل من البائع أو المشتري الحق في حبس المقار تحت يده حتى يستلم ما يستحقه من الثمن المودع بمخزينة المحكمة
- (٤) نقول ، برغم حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية^(٢) ،

بضرورة ايداع الثمن . وفي هذه الحالة يجوز لمن له حق عليه سحبه من الخزينة وتسليم العقار للشفيع

وأما الرأي القائل بعدم ضرورة شرط العرض الفعلي والايداع فانه يرى ان جواز طلب فسخ الحكم باعتبار الحكم عقد الشفعة ، وان يتعين بالحكم مدة للشفيع يدفع فيها الثمن والا بطل مفعول الحكم ، باعتبار ان الحكم شرطى أى معلق تقاذه على شرط الوفاء بالثمن^(١)

٥) ان الشفيع لا يلزم بفوائد الثمن مادام قد أودعه بخزينة المحكمة . لان السبب في ايداعه هو رفض المشتري تسليم العقار بالشفعة . وعلى هذا المشتري تبعه عمله . وأما الرأي القائل بعدم ضرورة العرض الحقيقي والايداع فانه يظهر انه يميل الى ازام الشفيع بالفوائد ما دام هو المستقل للبالغ تحت يده . ولذا تحصل في هذه الحالة مقاصة بين الفوائد والربح

٦) في العقار المشفوع فيه والمشفوع به

١ - في العقار المشفوع فيه

٥٢٧ - نرى هنا التكلم على حالة العقار المشفوع فيه في حالاته الآتية :

العقار المشفوع فيه موقوف : اذا كان العقار المشفوع فيه موقوفاً فلا يمكن أن يكون محلاً بالشفعة . لانه لو جاء صاحب العقار وأوقفه فلا يجوز للجار الشفيع ان يطلب العقار بالشفعة ، لان الشفعة لا تجوز الا في عقد البيع . ولا يمكن تحقيق غرض الواقف اذا أجزت الشفعة ، وتصبح الشفعة على ذلك معطلة لنظام الوقف^(٢) . اما اذا استبدل العقار الموقوف وبيع جازت فيه الشفعة لا باعتباره موقوفاً هذه المرة بل باعتباره عقاراً عادياً

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٨٧ ن ١٧٥

(٢) ولا تجوز الشفعة في الوقف سواء كان فيه نفسه أو في عقار مملوك في أراضيه . فلكل من رجل له دار في أرض الوقف فلا شفعة له . ولو باع هو عمارته فلا شفعة للجار : استئناف ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٦ ج ٧ ص ٣٣٩ ، مرجع القضاء ص ٣٤١ ن ١١٨٢ . — ولا تجرى الشفعة في بناء واقع على أرض موقوفة . مرجع القضاء ص ٣٤٢ ن ١١٨٥

٥٢٨ - العقار المشفوع فيه بناء في أرضه محكرة : اختلفت الآراء . رأى يقول يجوز الشفعة في البناء القائم بالحكر على أرض الوقف ^(١) ورأى يقول العكس أى بعدم جواز الشفعة في مكان محكر ^(٢) . الا انا نرجح رأى الاول بجواز الشفعة في البناء القائم بأرض محكرة . نعم ولو ان الحكر إيجار يبيع للمستأجر الانتفاع بالأرض الى أجل غير محدود أو الى أجل طويل معين مقابل دفع أجرة شهرية أو سنوية للوَجَر ، وهو يكون عادة في أراضي البناء الموقوفة ، الا ان البناء القائم على الأرض الموقوفة وغير الموقوفة مستقل بذاته يجوز التبايع فيه . والشفعة جائزة في حالة البيع ، الا ما استثناه القانون كالبيع من الاقارب أو الاصهار لبعضهم البعض (المادة ٣) أو فيما يبيع ليكمل محل عبادة أو ليلحق به ، أو فيما يبيع بالمزايدة .

٥٢٩ - العقار المشفوع المباع بالمزاد . البيع بالمزاد العلنى ^(٣) اما أن يكون بمعرفة الافراد ، والشفعة جائزة فيه لعدم توافر الضمانات اللازمة في المزاد . واما أن يكون بمعرفة الادارة ^(٤) أى أن الادارة هي التي تبيع أملاك الحكومة الخاصة بالمزاد ، ولا تبيع أملاك الافراد . واما أن يكون بمعرفة القضاء ^(٥) وفي هذه الحالة اما أن يكون المزاد جبراً على مالك العقار أى تنفيذاً لحكم مشمول بالصيغة التنفيذية لمصلحة الدائنين للمالك ^(٦) ، واما أن يكون برغبة المالك على الشيوع لعقار استحال قسمته عينا ^(٧) ففي هذه الاحوال جميعها ، أى فيما اذا

(١) مجمع القضاء ص ٣٤٢ ن ١١٨٣ و ١١٨٤ - استئناف ٢٩ مارس سنة ٩٢١ المحاماة ،

ص ٥٣١ عدد ١١٤

(٢) مرجع القضاء ن ١١٨١ لانه يشترط أن يكون المبيع مملوكاً ملكاً تاماً الى يامه (اول فبراير سنة ١٨٩٦ ، ١٨٠٧) وان البناء بأرض محكرة ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال . لان المحتكر اذا امتنع عن دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتوَجَر الأرض لغيره

Autorité administrative (٤) Aux anchères publiques (٣)

par voie d'expropriation (٦) En justice (٥)

par voi de licitation (٧)

حصل المزداد بمعرفة الادارة عن أملاك الحكومة الخاصة ، أو فيما اذا حصل بمعرفة القضاء من طريق الاكراه أو الرغبة ، لا تجوز الشفعة . وكل ذلك لانه كان في استطاعة الشفعين أن يزيد في الثمن حتى يرسو المزداد عليه اذا رغب الشراء وفي ذلك تقول المادة ٣ بنصها الفرنسي ما ترجمه نحن بما يأتي : « لاشفعة فيما يبيع بالمزايدة أمام احدى جهات الادارة ، ولا فيما يبيع بواسطة القضاء لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لئزع الملكية قهراً »^(١)

وأما النص العربي للمادة ٣ فقد ورد غامضاً اذ ورد بالوضع الآتي : « لا شفعة فيما يبيع بالمزايدة لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لئزع الملكية قهراً أمام احدى جهات الادارة أو القضاء » وهذا النص يؤيد بأن المزداد يحصل بواسطة السلطة الادارية عن عقارات الافراد قهراً أو رغبة ، وهذا غير صحيح لان الذي يتولى اجراء هذا المزداد بنوعيه انما هي السلطة القضائية . وعلى ذلك يجب الاخذ بالنص الفرنسي ، لانه يطابق النص الفرنسي لقانون الشفعة المختلط الصادر في ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ أى قبل قانون الشفعة الاهلي الصادر في ٢٣ مارس سنة ٩٠١^(٢)

٥٢٩ مكرر - العقار المنفوع المباع منه القارب والاصهار لبعضهم البعض
نصت المادة ٣ على ما يأتي : « وكذلك لاشفعة فيما يبيع من الاصول بفروعهم »^(٣) وبالعكس ولا فيما يبيع من أحد الزوجين للآخر^(٤) أو من المالك

(١) والنص الفرنسي للمادة ٣ هو ما يأتي :

Il n'y a pas lieu à préemption si la vente est faite aux enchères publiques par autorité administrative ou en justice par voie de licitation ou d'expropriation .

(٢) حكم استثنائي أسيوط في ٢٩ يناير سنة ٩٢١ م ر ٢٢ ، ١٣١ عدد ١٣١ ، ح ٣٧ من ١٨٨ عدد ٧٠ ، الحاماه ١ من ٤٨٥ عدد ٩٨ — ١٨ يونيو سنة ٩٠٨ ، ٢٠ ، ٢٠٢ — ١٨ فبراير سنة ٩٠٩ ، ٢١ ، ٢٠٢

entre mari et femme (٤) entre ascendants et descendants (٣)

لاحد أقاربه ^(١) لناية الدرجة الثالثة » ومن هذا النص يفهم ما يأتي :

١ - ان الشفعة غير جائزة فيما اذا بيع العقار من أصل مهما علا ثمره مهما نزل . فالبائع من الجدل ابن الابن لا يجوز فيه الشفعة لدى الغير . وكذلك لا يجوز الشفعة اذا كان البيع من ابن الابن لجدّه ^(٢)

واذا بيع العقار لعدة أشخاص على الشيوع بينهم وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروع أو أقاربه لناية الدرجة الثالثة فانتفت الشفعة بالنسبة اليهم فانها تبطل بالنسبة للباقين لان حق الشفعة يتعارض في هذ الحالة مع المادة ١١ على قانون الشفعة الذي نص على أنه اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا يجوز الشفعة الا فيه بتمامه ^(٣)

٥٣٠ - وما القول فيما اذا حصل البيع من أصل لفرعه ثم من الفرع لاجنبي فهل لا يجوز الشفعة ضد الاجنبي وهو المشتري الثاني ، بما أنها بمنوعة ضد المشتري الاول ؟ أجاب القضاء بالسلب ^(٤) أما نحن ففرى بأن عقد المشتري

(٥) entre parents

(١) ويسرى المخطر بالشفعة أيضا فيما اذا كان كل من المشتري والشفيع من أولاد البائع ، لان لمثل هذا البيع شبه بالهبة ، لانه أريد به دوام بقاء الاملاك في أيدي ذوى القرى : مرجع القضاء ص ٣٤٠ ن ١١٧٦ - ويبيع الارض فيما شائماً لا يميز لاصحاب الاطلاق المجاورة أن يطالبوا بالشفعة اذا كان هذا البيع قد تم بين بائع ومشتري أفراداً واحدة يرث أحدهما الآخر . ومن العدالة أن لا يقضى بالشفعة لاجنبي في حصة يمت لاحد أفراد العائلة . مرجع القضاء ص ٣١٩ ن ١١٧١ . ونحن لا نقر هذا الرأي لان حق الشفعة حق تقرر بشرائط معينة . ثم استثنى القانون حالات جاءت على سبيل التبيين لا يجوز تمديدها

وعلى ذلك يجب تقرير الشفعة للشفيع . ١ كانت صلة القرابة أو النسب بين البائع والمشتري طلالا أن الصلة غير واردة ببادء المخطر وهي المادة ٣ . نعم وان كان حق الشفعة في ذاته حقاً استثنائياً مكروهاً ، الا أنه حق مقيد بالقانون ولا يجوز السلب باليسار ، ما أعطى بالتبيين . واذا تقرر حق القانون فلا يجوز إبطاله الا بقانون

(٢) مرجع القضاء ص ١١٧٣ ن ٣٤٠

(٣) مغر السككية في ٢٩ أكتوبر سنة ٩٠٣ الاستقلال ٢ ص ٢٨٧ ، مرجع القضاء ص ٢٣٩ ن ١١٧٢ .. وكنا نود الاطلاع على أسباب الحكم ولكن مجلة الاستقلال لم تنشرها

الثاني اما أن يكون مسجلاً قبل تسجيل انذار الشفعة ، واما بعده . فإذا كان قبله وجب رفع دعوى الشفعة عليه دون المشتري الاول ، وعلى البائع طبعاً . وان كان بعده ترفع دعوى الشفعة على المشتري الاول ، وعلى البائع حتماً . والبائع الاصلى خصم في الحالتين . انما الذي يختفى ويظهر انما هو المشتري الاول . ففي حالة رفع الدعوى على المشتري الاول مع البائع الاصلى ، لا تقبل الشفعة ، لان البيع حاصل من أصل لفرعه . ولكن هل هذا الحظر قائم أيضاً في حالة رفع الدعوى على المشتري الثاني وعلى البائع أيضاً ، حتى يقال بعدم قبول الشفعة ؟ ان التعليل القانوني للمادة ٣ القائلة برفع الدعوى قبل أحد المشتريين ، انما يرجع الى الحق الذي تقرر للشفيع بتسجيل الانذار الصادر منه بالشفعة . فإذا سجله قبل أي تصرف مسجل من المشتري فهو لا يخصم الا هذا المشتري . وأما اذا كان هناك تصرف سابق على تسجيل انذاره ، وجب على الشفيع أن يخصم المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها هذا الاخير لانه لم يتقرر له حق قبله بشأن انذار الشفعة ، وذلك الانذار الذي لم يتسجل الا بعد تسجيل عقد المشتري الثاني . وفي اكره الشارع للشفيع برفع الدعوى على المشتري الثاني دون الاول في حالة تسجيل هذا المشتري لمقدمه قبل تسجيل انذار الشفعة ، ومقاضاته بنفس الشروط التي اشترى بها المشتري الثاني ، جزاء من قبل الشارع في عدم مسارعة الشفيع الى المطالبة بالشفعة وتسجيل الطلب أي انذار الشفعة . وما دام أن دعوى الشفعة مرفوعة من الشفيع على المشتري الثاني وعلى البائع الاصلى فلا يمكن القول هنا بأن البيع حاصل من الاصل لفرعه حتى تحظر الشفعة على الشفيع لان شرعية الحظر في حالة البيع الحاصل من الاصل لفرعه ، سواء كانت منصرفة الى الهبة في أن الاصل أراد ايهاب العقار المشفوع لفرعه ، أو كانت منصرفة الى القول بعدم خروج العقار من المالك الى أجنبي عنه ، هذه الشرعية غير موجودة ، في هذه الحالة ، اذ البائع أجنبي عن المشتري الثاني . وعلى ذلك لا نرى محلاً للحظر على الشفيع في المطالبة بالشفعة في هذه الحالة . والحظر لا يكون

الابدوام البيع الحاصل من الاصل لفرعه . ولكن اذا انصرف الفرع زال أثر الحظر الاول

ونرى انه في حالة تأخير تسجيل عقد المشتري الثاني على تسجيل ائذار الشفيع ، وفي تقرير الشارع للشفيع في ان يخاصم المشتري الاول ، نرى ان في ذلك حماية من الشارع للشفيع الذي اكتسب حق خاصمة المشتري الاول بمجرد ان يسجل ائذاره قبل تسجيل عقد المشتري الثاني . وما دام ان ذلك حماية من جانب الشارع فللشفيع ان يتنازل عنها . ومن مصلحته ان يتنازل عنها بأن يخاصم المشتري الثاني (ولو أن عقد هذا الاخير متأخر عن تسجيل ائذار الشفيع) مع البائع ويطلب العقار بالشفعة بنفس الشروط المقررة بعقد المشتري الثاني . ويستحيل منه من التنازل عن حماية قررها له القانون . ومن مصلحته ذلك لانه لو خاصم المشتري الاول لدفع دعواه بحظر الشفعة المقررة في حالة البيع الحاصل من الاصل للفرع . ولكن عند خاصمته للمشتري الثاني يستحيل على هذا الاخير الدفع بهذا الحظر ، والبائع الاصلى خصم في الدعوى

على انا نرى من طريق آخر انه يجوز للشفيع ان يرفع دعوى الشفعة ويكفيها بتكليف آخر . اذ يعتبر هذه المرة ان البائع هو المشتري الاول ، وأن المشتري الثاني هو المشتري منه . وفي هذه الحالة لا يلزم بادخال المالك الاصلى . أى ان الشفيع يصرف النظر عن البيع الحاصل من الاصل لفرعه . ثم يشفع بالنسبة للبيع الثاني الذي لا دخل فيه للاصل . ويشفع هذه المرة بالشروط المقررة للشفعة ^(١)

٣ . — اذا بيع العقار من الزوج لزوجته أو من الزوجة لزوجها فلا شفعة

٤ . — البيع الحاصل من جد الزوج الى الزوجة وبالعكس البيع الحاصل من

(١) وهو لا يلجأ لهذه الدعوى بهذا الشكل الا اذا فاتته مواعيد الدعوى الاولى أو قضي ضده بمذهب القضاء الذي تقدم له . ويختص في هذه الحالة الاخيرة أنه اذا عاد لرفع الدعوى ضد المشتريين وحدهما ، دون المالك الاصلى ، باعتبار أولهما مشترياً ، وثانيهما مشترياً منه ، بعد رفض القضاء في دعواه الاولى ، أن تكون المواعيد قد انتهت . وفقاً يتمتع له برضا مستقلة عن المالك الاصلى

الزوجة الى جد الزوج تجوز فيهما الشفعة ، لان الحالتين خارجتان عن نص الحظر . ولا يجوز في تفسير المادة ٣ وهي استثنائية وواردة على خلاف قاعدة الشفعة ، ان يمتد سلطانها على غير الاحوال الواردة بها بالتمعين^(١)

٥ — لاشفعة في البيع الحاصل من المالك لاحد أقربه لغاية الدرجة الثالثة وعلى ذلك لاشفعة في البيع الحاصل من أخ لاخته أو من أخت لاختها ، لان المتبايعين قريبان من درجة واحدة ، ولا البيع الحاصل من الاخ لابن الاخ ، لان القرابة من الدرجة الثانية ولا البيع الحاصل من ابن الاخ لابن الاخ^(٢) لان القرابة بينهما من الدرجة الثالثة^(٣) . وتحتسب درجات القرابة بالرجوع للمادة ٢٤٠ فقرة ٢ مرفعات (ولا مثيل لهذه الفقرة بالقانون المختلط) ونصها « ويكون احتساب الدرجات على حسب طبقات الاصول^(٤) طبقة طبقة^(٥) الى الجذ الاصل^(٦) بدون دخول الغاية^(٧) وعلى حسب طبقات الفروع طبقة طبقة^(٨) »

(١) ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ ، ٢٧ ، ١٠٠ . وان كان الشارع قد لاحظ في الشفعة ان الرابطة بين جد الزوج والزوجة ليست جذرية بالحماية الى حد حظر الشفعة على الغير ، الا انه لاحظ عكس ذلك فيما يتعلق بالشفعة فصلها فرنسا على جد الزوج لزوجة ابنه : المادة ١٥٥ — ٢١٧ / ١٠٦ مدني (٢) أي من المالك لابن الم (٣) مرجع القضاء من ٣٤٠ ن ٩١٧٤ (٤) par génération (٥) en remontant

(٦) l'auteur commun (٧) qui ne sera pas compté

(٨) en descendant sur la ligne collatérale : سوهاج الجزئية في ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ الحامدة ٣ من ١٨١ عدد ١٢٨ . فالبيع مثلا كالتا الحاصل من المالك لابن الم أي الحاصل من ابن الابن لابن الاخ يعتبر من الدرجة الثالثة . ويانه بالرسم هكذا



فالبيع الحاصل من ابن الابن الاول لابن الابن الثاني هو بيع حاصل من قريب لقريب من الدرجة الثالثة اذ الاب لا يعد في حساب الدرجات ، كذلك ابن الابن الاول لا يحسب . وبوجه عام يجب أن يضم من مجموع النقط نقطتان . والنقط في الرسم هي خمسة يضم منها اثنتان فالباقي ثلاثة وهي درجة القرابة

٥٣١ - العقار المشفوع صباع ليكون محل عبادة : لا شفعة في هذا العقار سواء كان قد أعد ليكون محل عبادة أو ليكون ملحقا بمحل عبادة . وفي ذلك تقرر المادة ٦ ما يأتي : « لا شفعة فيما يبيع لجعل محل عبادة أو ليلحق به » ويصدق هذا الحظر مهما كان نوع الديانة الخاصة بهذه العبادة . ولا يصدق على المدارس والملاجيء والمستشفيات لأنها ليست محلات عبادة (١)

٥٣٢ - العقار المشفوع متنازع فيه : حظر الشارع على طائفة معينة من موظفي الحكومة ومن يلحق بهم الشراء فيما اذا كان العقار (أو الحق في ذاته بوجه عام) متنازعا فيه (٢) وهم القضاة والمحامون الى غيرهم ممن وردوا على سبيل الحصر (المادة ٣٥٧/٣٢٠ مدني) والسبب في الحظر أن شراء الحق المتنازع فيه ينطوي تحته غرض المضاربة في الحق ، والمضاربة ممنوعة على من يتولون امر القضاء . وهل يتناول هذا الحظر في الشراء الحظر أيضا في طلب الشفعة ؟ لعل السبب واحد في الاثنين وهو المضاربة فتحظر الشفعة كما يحظر الشراء ، لأن الشفيع يحمل محل المشتري في جميع حقوقه واجباته أمام البائع فيعتبر هو المشتري . نعم ولو أنه لم يرد نص بقانون الشفعة يحظر حق طلب الشفعة ، ولكن الحظر واضح ، لأن في الشفعة شراء فيه الشفيع مشتر ، والمالك الاصلى بائع

٢ - في العقار المشفوع به

٥٣٣ - العقار المشفوع به موقوف : « لا شفعة للوقف » (المادة ٤)

(١) دى هلس ج ٣ من ٢٢٩ ن ٢٤

(٢) litigieux والحق المتنازع فيه هو الحق الذي يرجع فيه تملز الحصول عليه من غير طريق القضاء : ١٥ مايو سنة ١٩١٥ ، ٢٧ ، ٣٣١ - دى هلس ج ٤ من ٤٤٤ ن ٤٠ ، وليس 'يلزم أن يكون الحق تحت القضاء كما يقول شحي باشا س ٢٢٦ - الهلالي بك من ٢٥٢

ولعل السبب في ذلك أن الوقف نظام استثنائي وارد على خلاف العادة ، والشفعة كذلك^(١) .

٥٣٤ - العقار المشفوع به محكر : أجاز القضاء الشفعة للعقار المحكر^(٢)

وانا نقر هذا الرأي ولو أن حق الشفعيع باعتباره صاحب حق المحكر كحق المستأجر ، وأن البناء بأرض محكرة ليس له حق البقاء على الدوام ، بل هو على شرف الزوال ، عند امتناع المحكر عن دفع الاجرة^(٣) . نقول ذلك لانه مالاك للبناء ، والبيع فيه صحيح . ولا يعتبر عدم استقرار البناء وتهده بالزوال المحتمل سبباً لمنع حق الشفعة

٥٣٥ - العقار المشفوع به محل عبادة أو علمي . محل عبادة : لا نرى محلا

للشفعة برغم عدم النص ، اذ محل العبادة ملحق بالوقف

٥٣٦ - الاموال الاخرى : واذا كان الشارع قد حظر الشفعة في الاحوال

المبينة بالمادة ٣ في التبائع الحاصل بين الاصول والفروع ، وبين الازوج ، وبين الاقارب لغاية الدرجة الثالثة ، أي لا تجوز الشفعة عند الغير في العقار محل هذا التبائع ، فان هذا الحظر لا يتمشى مطلقاً على هؤلاء المشترين فيما اذا تقرر لهم حق الشفعة على عقار مملوك للغير . وعلى ذلك اذا باع الاب لابنه عقاراً وحظر على جاري الابن المطالبة بالشفعة في هذا العقار ، فانه يجوز للابن أن يدفع في عقار الجار لو باع هذا الاخير عقاره للغير . ولا يفوتنا ان نشير هنا الى أنه يجوز للجار أن يدفع في العقار المبيع من الاب لابنه ، اذا باع هذا الابن للغير . وهذه الشفعة صحيحة^(٣) حتى ولو رفعها الجار الشفعيع على المشتري من الابن وادخل أباه خصماً باعتباره

(١) ولا شفعة لوقف سواء كان العقار المشفوع به ذاته هو الموقوف ، أو كان به بناء مملوكاً للغير ، حتى ولو باع هذا الغير داره . مرجع القضاء من ١١٨٢ و ١١٨٤

(٢) انظر اول فبراير سنة ١٩٠٦ ، ١٨ ، ١٠٧

(٣) على عكس ما يقرره القضاء كما رأينا بحكم محكمة مصر السكية في ٢٩ اكتوبر سنة

١٩٠٣ الاستقلال ٢ من ٣٨٧

بائناً أصلياً ، أو رفعها على الابن والمشتري منه ، باعتبار الابن بائناً والثاني مشترياً منه . وإذا كانت الشفعة محظورة في العقار المبيع بالمزاد بواسطة الادارة ، أو القضاء قهراً أو برضاء المالكين ، فانها لا تخطر فيما اذا كان المشتري لهذا العقار أصبح شقيقاً بالنسبة للعقار المجاور له . وعلى ذلك اذا اشترى شخص عقاراً بالمزاد العام ، وحظر على جاره طلبه بالشفعة ، فانه يجوز للمشتري للعقار بالمزاد العام ان يشفع في عقار الجار اذا باعه صاحبه للغير

٧ - في اجراءات الشفعة

٥٣٧ - لاجراءات الشفعة دوران . اظهار الرغبة ، ودعوى الشفعة . ويزى التكلم على كل منهما على حدة

١ - اظهار الرغبة واحكامها

٥٣٨ - ويشمل اظهار الرغبة أو انذار الشفعة كما يقول العمليون المسائل الآتية : العلم بالشفعة ، كيفية حصول اظهار الرغبة ، مشتملاته ، آثاره على الثلاثة : الشفيع والمشتري والبائع ، وعلى الغير

١ - العلم بالشفعة

٥٣٩ - يجب حتماً أن يعلم الشفيع بمحصول البيع وظروفه حتى يظهر رغبته للمشفوع منهما بالأخذ بالشفعة . ويحصل علمه اما بمعرفة المشتري أو البائع بأن يخبر الواحد منها الشفيع بمحصول البيع وشروطه ، واما يحصل علمه بأى طريقة اخرى فمن حصول العلم من طريق اخبار البائع أو المشتري للشفيع قد نصت المادة ١٩ بما يأتى : « يسقط حق الشفعة ^(١) في الاحوال الآتية ثانياً - اذا لم يظهر الشفيع رغبته ^(٢) في الاخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بابداء رغبته ^(٣) سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء

déclaré son intention (٢)

ne peut plus être exercé (١)

mise en demeure (٣)

على طلب المشتري ويزاد على هذه المسافة عند الاقتضاء ميعاد المسافة « فإذا ما علم الشفيع وجب عليه اظهار رغبته في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه . وإذا رفض المشتري تسليمه العقار بالشفعة وجب على الشفيع أن يرفع الدعوى في ظرف ٣٠ يوما من وقت اظهار الرغبة ، فإذا لم يظهر الرغبة في ظرف المدة القانونية اعتبر ذلك تنازلا منه عن طلب الشفعة . وكما يحصل علمه من طريق المشتري أو البائع فإنه يجوز أن يحصل من طريق آخر كما ذكر . ويجوز اثبات حصول العلم بجميع الوسائل القانونية بما فيها البينة . وفي ذلك تقول المادة ٢٠ ما يأتى : « يجوز اثبات التنازل الضمنى ^(١) عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة في القانون ^(٢) بما فيها الاثبات بالبينة ^(٣) وبما فيها القرائن ^(٤) . فإذا ثبت علم الشفيع بحصول البيع وهضى على هذا العلم الزمن المقرر لاظهار الرغبة سقطت الشفعة . وكما يجوز اثبات العلم بالبينة ، فإنه يجوز أيضا اثبات التنازل الضمنى بالبينة فيما اذا لم تمض مدة الـ ١٥ يوما . وفي هذه الالاحة بلاحد في اثبات العلم والتنازل الضمنى ما يجعل حق الشفعة في خطر يحدق به

« ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد ^(٥) يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفة مالك العقار نهائيا » (المادة ١٩ فقرة ٣) ^(٦) ويراد بالعمل الضمنى الاعمال التى تصدر بالفعل من الشفيع وتدل حقيقة على أنه عرف بحصول البيع واسم للمشتري والثمن وظروف البيع بوجه تقريبي ، ثم لم يطالب بالشفعة ، وترتب على عدم مطالبته بالشفعة ان صدرت منه أعمال تقرر المشتري وتؤيده ، كما اذا استأجر العقار المشفوع من المشتري ^(٧) . وقرينة التنازل قرينة قضائية يملك القاضى حرية كاملة فى تقريرها وتقديرها

وأما كيفية حصول علم الشفيع من طريق البائع أو المشتري فان القانون

(١) renonciation tacite (٢) moyens légaux (٣) témoins

(٤) أول ما بوا سنة ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٧٥ (٥) acte (٦) مرجع القضاء س

٣٧٠ ن ٢٣١٩ (٧) مرجع القضاء س ٣٧٢ ن ١٣٣٤ ، ١٣٣٥

ذكر أن يكون ذلك من طريق اخباره بحصول البيع « وتكليفه رسمياً » بابداء رغبته . وقد لاحظنا أن عبارة « تكليفه رسمياً » ليست الترجمة الصحيحة للعبارة الفرنسية ^(١) وتفيد العبارة الفرنسية مجرد الانذار والاخبار سواء كان ذلك حاصلًا على يد محضر أو بخطاب حادى ^(٢) . ويجوز أن يقوم المشتري أو البائع باخبار الشفيع بخطاب أو أمام شهود ^(٣) أو بأشارة برقية . وعند الانكار من جانب الشفيع يجوز للمشتري أو البائع اثبات العلم بجميع أوجه الاثبات

ب - كيفية حصول اظهار الرغبة

بالأخذ بالشفعة

٥٤٠ - « يجب أن يعلن التكليف الرسمى ^(٤) المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر ^(٥) وأن يشتمل على البيانات الآتية ... » (المادة ٢١)

« ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ^(٦) ويكون هذا الاعلان مشتملا . . . » (المادة ١٤) ومن هذين النصين نلاحظ ما يأتى :

١ - ان عبارة التكليف الرسمى الواردة بالمادة ٢١ غير صحيحة باعتبارها ترجمة للعبارة الفرنسية

٢ - ان تشدد القانون فى جعل اظهار الرغبة على يد محضر تشدد لا مبرر له . وربما لاحظ هذا التشدد تماديا من صعوبة أو استحالة الاثبات عند النزاع فى حصول اظهار الرغبة . وما دام أن الشارع لم يقرر جزاء لشرط حصول الرغبة على يد

(١) mise en demeure (٢) أنظر الالتزامات لنا ص ٢٦٣ ن ٢٧٧

(٣) دى ملس ج ٣ ص ٢٦٢ ن ١١٣ (٤) mise en demeure

(٥) acte d'huissier (٦) acte d'huissier

محضر وهو البطلان، فإذا حصل بواسطة خطاب أو إشارة بريدية، صبح اظهار الرغبة^(١) ويجوز ابداء الرغبة بنفس عريضة دعوى الشفعة على شرط ان تعان عريضة الدعوى في هذه الحالة في ظرف ١٥ يوما من وقت العلم . ويقوم اعلان الدعوى مقام اعلان اظهار الرغبة^(٢)

وليس بلزوم أن يحصل الانذار من الشفيع للبائع والمشتري باعلان واحد^(٣) ويجب اعلان كل من المشتري والبائع باظهار الرغبة ، ولا يجوز اعلان الواحد منهما دون الآخر ، والا كان الاعلان باطلا وترتب عليه سقوط الشفعة فيما اذا مضى ميعاد الـ ١٥ يوما^(٤) ويصح الاعلان فيما اذا حصل في مدة ١٥ يوما للمشتري وحده ثم حصل للبائع بعد مضى هذه المدة ، ثم رفعت دعوى الشفعة في المدة القانونية وهي ٣٠ يوما ، وأعلن كل من المشتري والبائع لجلستين مختلفتين . وذلك لان المادة ١٩ لا تشير الى ضرورة الاعلان الا لمن كان له مصلحة ظاهرة في الشفعة وهو المشتري ، ولان المادة ١٥ لم تشترط ضرورة اعلان المشتري والشفيع معا لجلسة واحدة^(٥)

وتحتسب مدة الـ ١٥ يوما من وقت الانذار أو من وقت العلم ، أي من اليوم

(١) تنقيح باشا ص ٩٢ و ٩٣ . — دى هلس ج ٣ ص ٢٦٤ ن ١١٨ و ١١٩ . — ١٤ يونيو سنة ١٨٩٠ ، ٣٢٧ . أما القضاء الاهلى فيرى بغير حق عكس ذلك ويقضى بان يكون اظهار الرغبة بالشفعة على يد محضر . فإذا كان المحضوم مصرين وكانت دعوى الشفعة من اختصاص المحاكم الاهلية وحصل اظهار الرغبة على يد محضر المحكمة المختلطة ، بطل اظهار الرغبة وبطلت الشفعة منه اذا مضت المدة : طنطا الكلية ١٤ يونيو سنة ٩١٨ ح ٣٤ ص ٢١١ ، وأيده حكم مختلط في ٢٢ مايو سنة ٩٠٢ ، ١٤ ، ٣١٢ ، وفورجور ص ٣٩ والهامش ٣

(٢) أول مايو سنة ٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٧٥ ، ١٦ ابريل سنة ٩٢٠ ، ٣٢ ، ٢٥٧ ، طنطا الكلية في ١٢ مايو سنة ٩١٧ م ١٩ ، ١٩ ص ٨ عدد ١٩ فإذا رضى المشتري بالشفعة ، فلا يحمل وقتئذ لقيد الدعوى بمجذول المحكمة ، والا التزم الشفيع بمصاريف القيد (حكم طنطا السابق ، دى هلس ج ٣ ص ٢٦١ ن ١٢٠)

(٣) تنقيح باشا ص ٩٣ (٤) ٢٩ يناير سنة ٩٠٢ ، ١٥ ، ١٢١

(٥) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٣ ن ١١٤

الذى حصل فيه العلم أو حصل فيه الانذار ^(١) ولا يحتسب أول يوم ^(٢) وهو الذى حصل فيه العلم (المادة ١٦/١٨ مرافعات) ^(٣) ويجوز مد الميعاد بسبب بعد المسافة (المادة ١٩) وإذا وقع آخر يوم للمدة يوم عطلة رسمية امتدت المدة لليوم التالى ^(٤) وإذا كانت أيام العطلة الرسمية أكثر من يوم اعتبر آخر يوم للمدة القانونية هو اليوم التالى وحده دون غيره لآخر يوم من أيام العطلة ^(٥) ومدة الـ ١٥ يوماً ليست مدة تقادم ^(٦) بل هى مدة سقوط ^(٧). وعلى ذلك فهى تسرى على مفقودى الاهلية والفائنين، ولا تقبل قطعاً ولا إيقافاً

ج - مشمولات اظهار الرغبة

فى الاخذ بالشفعة

٥٤١ - ويجب فى اعلان اظهار الرغبة « أن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغياً ^(٨) وهذه البيانات هى : أولاً بيان المقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً ^(٩) مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه . ثانياً - بيان الثمن وشروط البيع ^(١٠) واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري » (المادة ٢١) ويجب فوق ذلك أن « يكون الاعلان مشتملاً ^(١١) على عرض الثمن ^(١٢) وملحقاته الواجب دفعها قانوناً ^(١٣) » (المادة ١٤) فإذا لم يتوافر بيان هذه المشمولات باعلان اظهار الرغبة سقط حق الشفعة . أما هذه البيانات فالمر فيها ظاهر فى جميعها ما عدا

(١) دى مجلس ج ٣ ص ٢٦٢ ن ١١٤ (٢) Dies a quo (٣) دى مجلس ج ٣ ص ٢٦٢ ن ١١٥ (٤) استئناف ٢١ يناير سنة ١٩١٨ م ر ١ ص ٢٠٠ عدد ٥٠ ج ٣ ص ٣٤ ن ١٠٦ (٥) طنطا الكلية سنة ٩١٩ بدون تاريخ للحكم ، انا ذكر قط بالمجلة نمرة القضية ٥٣٠ سنة ٩١٩ الحاملة ، ١ ص ٤٠١ عدد ٧٧ Prescription (٦) Description exacte (٧) Déchéance (٨) A peine de nullité (٩) Contenant (١٠) Charges de la vente (١١) Légitimes accessoires (١٢) L'offre du prix

مسئلة عرض الثمن ، وهى المسئلة التى أثارته حولها آراء مختلفة فقهيّة وقضائيّة ، وفصلت فيها أخيراً الدوائر المجتمعة الاهلية

٥٤٢ - الرأى الاول : وهو عر صمه الثمن عرضاً حقيقياً^(١) وأدلته هى :

(١) ان كلمة عرض الواردة بقانون الشفعة تعتبر العرض الحقيقى^(٢) لان العرض لا يمتثل ان يكون مجازياً . وربما يتعارض المجاز فى العرض مع الظروف والاحوال المعروفة فى الشفعة^(٣) باعتبارها حقاً مكروهاً^(٤)

(٢) لا محل للاعتراض بتعطيل الاستفادة من مبلغ يودع بخزينة المحكمة بدون استغلال ، لان السبب فى ذلك هو المشتري الذى لم يقبل العرض بالخسارة عليه . ولان الشفعيع فى حل من المطالبة ببيع العقار المشفوع من وقت اظهار الرغبة حتى التسليم^(٥) وفوق ذلك فان دعوى الشفعة ينظر فيها بوجه السرعة (المادة ١٦) ولا تقبل المعارضة ، وميعاد الاستئناف فيها ١٥ يوماً (المادة ١٧)^(٦)

(٣) « ان وصف الشفعيع بأنه مشتر محتمل وأنه لا يصبح مشترياً حقيقة الا فى يوم القضاء بالشفعة ، فلا يصبح التزامه بأن يدفع مقدماً ثمن عين قد لا يصبح مشترياً لها ، وصف غير صحيح . أما انه قد لا يصبح مشترياً لها فذلك ما لا تأثير له فى ايجاب الدفع ما دام عدم الشراء ليس من جانبه وما دام لا يجوز له من جهة أخرى الرجوع فى طلبه الشفعة اذا قبلها المشتري . وأما انه مشتر لطبق عليه

(١) انظر فى ذلك : مرجع القضاء ص ٣٥٣ ن ١٢٣٢ و ١٢٣٥ - ١٢٣٨ و ص ٣٤٤

ن ١٢٤٠ - ١٢٤٥ offre réelle (٢) طنطا ٧ مايو سنة ١٩٠٤ ح ١٩ ص ٩٨

(٤) ٨ مايو سنة ١٩١٨ م ر ١٩٠١ ص ١٤٧ عدد ١٠٢ ، ٢٤ ابريل سنة ١٩١٢ م ر ١٨

عدد ١٨ . وقال محمد صاحب الامام الاعظم « لا يقضى حتى يحضر الثمن لان الشفعيع عساه ان يكون مفلساً » (الجزء ٥ من حاشية ابن طابدين فى باب الشفعة)

(٥) استئناف ٢٥ ابريل سنة ١٩١٢ م ر ١٩٠١ ص ١٣ عدد ١٨

(٦) طنطا الكلية ٢٢ اكتوبر سنة ١٩١٩ الحاملة ١ ص ١٣٩ عدد ٢١ وهذا الحكم هو

أهم أحكام الشفعة التى صدرت فى الاخذ بنظرية العرض الحقيقى . ولذا رأينا ان نأتى فيها بعد فى قسم الادلة يمس أبواب الحكم لاهميتها

قواعد البيع فلا وجه لأن الشفعة نزاع للملكية^(١) وإن أشبهت البيع ولهذا وضعت لها قواعد خاصة والا لاكتفى الشارع بقواعد البيع^(٢) .

(٤) « أن وجوب العرض الحقيقي ظاهر في حكمة الشفعة ومن نصوص ذكره تو ٢٣ مارس سنة ٩٠١ فإن الشفعة إذا كانت بقضاء القاضى نزاع للملكية المشتري جبراً عنه . فإذا كان الحكم بالشفعة لا يسقط إلا بعد خمسة عشر سنة وكان لابد لزوال أثره من التقادم أو من دعوى جديدة بفسخ البيع لعدم دفع الثمن إذا لم يقم الشفيع بدفع الثمن وقت صدور الحكم فإن هذا يجعل الشفعة تقضاً شديداً لحرية التعاقد والعمل لأن يد الشفيع بعد الحكم بالشفعة لا يتيح له حرية استعمال العقار المشفوع والتصرف فيه . ثم هو لم يجن ذنباً في اعتراض الشفيع له ، ومركزه في الشفعة سلبي محض فكيف يكلف بالانتظار أو بالخاصة إن أراد أن تستقر يده ويطمئن على ملكه . فطبيعى إذن أن يكلف الشارع الشفيع بعرض الثمن عرضاً حقيقياً ، فإذا لم يقبله المشتري بادئ الرأي وانتظر حتى صدر القضاء بإلزامه كان آمناً أن يخرج من الصفقة لا له ولا عليه . ويزداد هذا جلاء بمراجعة المادتين ٨ و ١٧ من ذكرته نزاع الملكية للمنافع العمومية والمادة ١٣ من ذكرته الشفعة . فإن نزاع الملكية بالشراء سواء بالشفعة أو للمنافع العمومية يجب أن يستوفى إجراءاته وتنقطع آثاره بمجرد الحكم فيه نهائياً ، وذلك بالتحقق من وجود قيمة الملك المتزوع تحت يد من نزاع ملكه ، وعدم الجائنه إلى الخاصية بها والمادة ١٣ تكلله لقطع ذيول الشفعة حتى لا يحتاج البائع إلى مقاضاة الشفيع بياق الثمن في الأصل الذى منحه للمشتري فهى والمادة ١٤ ترميان إلى غرض واحد»^(٣)

(١) قد يلاحظ هنا أن الشفعة ليست نزاعاً للملكية ، وليست فيما الزامياً vente forcée بل هى حلول بسيط فى أن يحمل الشفيع محل المشتري : ٢٥ مايو سنة ١٧٠٩ ، ٢٩٩ ، ج ٢ من ٢٨٢ و ٢٩٨٢ (٢) طنطا الكلية ٢٢ أكتوبر سنة ٩١٩ المحلطة ١ ص ١٤٢ الطومود الثانى . ونلاحظ أننا ننقل هنا نفس أسباب الحكم كما حرره الحكم بالذات (٣) حكم ٢٢ أكتوبر السالف الذكر : المحلطة ، ١ ص ١٤١ المامود الثانى و ص ١٤٢ المامود الاول

(٥) « ان العرض المشار اليه بقانون الشفعة هو العرض الحقيقي الذي رتب قواعده قانون المرافعات . لانه ان لم يكن كذلك فلا يحلو الامر فيه من أحد معينين : الاول أن يكون بمعنى الايجاب في العقود ، وينفى عنه في هذه الحالة اعلان طلب الشفعة ، هذا فضلا عن أن الشفعة عند ما تكون بطريق التقاضي ليست عقداً لأنها تملك مال بغير اذن مالكة . والثاني أن يكون بمعنى الاستعداد لدفع الثمن . ولا وجه لهذا التأويل لان الاستعداد لدفع الثمن مقدر من طبيعة الشفعة فليس وجوده أو انتطاعه معلقاً على ما يبيده الشفيع . هذا فضلا عن أن العرض بهذا المعنى ليس من الاوضاع القانونية ، اذ ليس في القانون المصرى كله ولا في القانون الفرنسى أو الشريعة الاسلامية اصطلاح قانونى اسمه العرض بمعنى الاستعداد . والقول بأنه كذلك في قانون الشفعة مصادرة مع المطلوب . وغير مجد أن يقال أن الشارع لم يصفه بأنه عرض حقيقى لانه لم يثبت أن الشارع يعرف نوعاً آخر من العرض . والاحتجاج بالمادة ١٧٥^(١) من القانون المدنى في غير محله لان تفصيل شكل العرض جاء من ان المادة سبقت لبيان حكمه من الابرأه . أما المادة ١٤ فحاجة التحرير لا تقضى لزوماً بتفصيل شكل العرض »^(٢)

٥٤٣ — الرأى الثانى : يكفى مجرد العرض البسيط^(٣) ، وأدلة هذا

الرأى هي :

(١) ونصها ما يأتى : « ومع ذلك اذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات قهراً ذمة الدين برضه الدين على الدائن عرضاً حقيقياً بالتطبيق لقواعد المينة في قانون المرافعات » ووجه الاحتجاج بهذه المادة على ما يظهر لنا أن أنصار العرض البسيط يقولون بأنه لو كان الشارع يريد العرض الحقيقى المقصود بقانون المرافعات لكان نص على ذلك بقانون الشفعة

(٢) حكم ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٠٩ المذكور ص ١٤١ الملمود الاول والثانى

(٣) دى مجلس ج ٣ ص ٢٦٥ — ١٢٢٧ ١٢٢٦ — ١٢٣ . قضى بأشأ ص ٩٣ — ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ ، ١٧ ، ١٦ ، ٢ ج ص ٢٨١ ن ٢٦٧٩ . — مرجع القضاء ص ٣٠٢ ن ١٢٣١ وص ٣٠٢ ن ١٢٣٣ و ١٢٣٤ وص ٣٠٤ ن ١٢٣٩ وص ٣٠٥ ن ١٢٤٦ و ١٢٤٧

(١) ان عبارة المادة ١٤ فى قولها بان الاعلان يكون مشتملا على عرض الثمن تدل على أن العرض ليس العرض الحقيقى . لانه لو كان ذلك غرض الشارع لقال بدلا عن العبارة المتقدمة « ويكون هذا الاعلان مقرونا بعرض الثمن وملحقاته » (١)

(٢) اعتاد الشارع عند ذكر كلمة العرض أن يلحقها بكلمة حقيقى ، كما فعل ذلك بالمادة ١٧٥ مدنى و ٦٨٥ مرافعات

(٣) ان فى تشبيه الشفعة بنزع الملكية قياسا مع الفارق ، لان نزع الملكية لا يكون الا بمرسوم ، وبعد صدوره يدفع الثمن . والمرسوم يحكى الحكم الذى يصدر فى الشفعة

(٤) ان حق الشفعة استثنائى ويقيده القانون بقيود عدة فلا يجوز اضافة قيود لم يقل بها الشارع (الحكم المذكور)

(٥) ان علماء الشريعة الاسلامية ما عدا محمد صاحب الامام الاعظم ابى حنيفة يجمعون على عدم تكليف الشفيع باحضار الثمن . والقانون المدنى وقانون الشفعة بعده لم يخالفاه هذا الحكم الشرعى

(٦) من المبث العرض مع الايداع لما فيهما من فوائد استغلال المال ، الامر الذى لا يتفق والمصالح الاقتصادية (٢)

٥٤٤ - رأى الدوائر المجتمعة الاهلية : ولما تعاقم الخلاف بين أحكام المحاكم عرض الامر على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية فاصدرت فيه

وحكم محكمة اسكندرية الكلية فى ١٦ نوفمبر سنة ٩٢٠ لجلسة ٣ ، من ٤٠٥ عدد ٧٨ و م ر ١ ، ٢٢ من ١٨٦ عدد ١٥ و ح ٣٧ من ١٢١ عدد ٤٦ وهو اهم هذه الاحكام وهو يبدل فى أهميته هنا حكم محكمة طنطا الكلية فى ٢٢ اكتوبر سنة ٩١٩ الذى ألم بأداة العرض الحقيقى

(١) تحكم اسكندرية فى ١٦ نوفمبر سنة ٩٢٠ المذكور

(٢) انظر فى هذه الادلة كلها حكم اسكندرية فى ١٦ نوفمبر سنة ٩٢٠ المذكور

حكمهما بتاريخ ٢٩ مارس سنة ٩٢٣ بتأييد الرأي الثاني وأن ليس من اللازم لصحة الشفعة العرض الحقيقي ، بل يكفي العرض البسيط ^(١) واستندت محكمة الدوائر في حكمها على ما يأتي :

(١) ان القضاء المختلط يجمع على العرض البسيط
(٢) ان الشفعة مأخوذة عن أحكام الشريعة الاسلامية ، وقال الفقهاء فيها أنها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى . أى لا يعتبر الشفيع الا بتراضيه مع المشتري ، أو بحكم القاضى . ولا يلزم الشفيع بدفع الثمن الا فى اليوم الذى يصبح فيه مالكا

(٣) وعلى ذلك يكون حكم الشفعة هو الناقل للملكية وليس مظهراً أى مقررأ لها . وللمنفوع منه وهو المشتري حق استغلال العقار له خاصة حتى يتقاضى الثمن

(٤) ان القضاء السابق على صدور قانون الشفعة يجمع على الاكتفاء بالعرض البسيط . وأخصه القضاء المختلط . ولما عرض قانون الشفعة المختلط على الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة أولاً وأقرته وصدر قانون الشفعة المختلطة فى ٢٦ مارس ٩٠٠ ، صدر قانون الشفعة الاهلى بعده بسنة فى ٢٣ مارس سنة ٩٠١ تقلا عن نظيره المختلط مادة مادة . وفى ذلك معنى تأييد المبدأ القضائى السابق فى الاكتفاء بالعرض البسيط

(٥) ان الاسترداد الوراثى المقرر بالمادة ٨٤١ مدنى فرنسى والمقابل لنص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى من بعض وجوهه لا يشترط فيه الشارحون الفرنسيون العرض الحقيقي

(٦) ان المادة ١٤ لم تنص على العرض الحقيقي ، ولا على الجزاء المترتب على عدم حصوله

(١) وهو منشور بالمجلات م ر ١ ، ٢٤ من ٤١ عدد ٢٦ ، الحملة ٣ ، من ٢٦٦ عدد

(٧) ان مسقطات الشفعة وردت بعبارات صريحة في القانون : ١ — التنازل عن الشفعة (المادة ١٩) ٢ — عدم توافر البيانات الخاصة بالمقار وغيره (المادة ٢١) ٣ — سقوط الشفعة بمضى ٦ شهور من تاريخ تسجيل عقد البيع (المادة ٢٢). هذا وسقوط الحقوق من المسائل الدقيقة التي لا يجوز التوسع والاخذ فيها بما لم يذكره القانون

(٨) ان قانون الشفعة لم يضع عبارته في العرض بالصيغة التي صاغ بها القانون المدني بالمادة ١٧٥ (فيما يتعلق بعرض المدين الدين على دائئه بالطرق المقررة في قانون المرافعات) وبقانون المرافعات بالمادة ٦٨٥ (في قولها بالعرض الحقيقي على يد محضر)

(٩) ان في تكليف الشفيع بالعرض الحقيقي صعوبة ان لم تكن استحالة لانه ان صح للشفيع أن يطعن في صورية الثمن وأثبت طعنه وأراد استرداد ما دفعه زائداً وكان المشفوع منه معسراً ، ضاع على الشفيع ما حكم له به

(١٠) اذا تبين لقاضي الشفعة عدم جدية الدعوى فله أن يقرر من باب العدالة تكليف الشفيع بإيداع الثمن وملحقاته في ميعاد يعينه . فاذا لم يحصل الإيداع جاز وقتئذ رفض دعوى الشفعة . ولقاضي الشفعة أيضاً تحديد ميعاد لدفع الثمن بالحكم الذي يصدر بالشفعة بحيث اذا لم يدفع الثمن تسقط الشفعة

هذه هي أدلة محكمة الدوائر أوجزناها من حكمها المطول . وانا لنؤيد الرأي الاول بضرورة العرض الحقيقي . ولا نرى في أدلة محكمة الدوائر ما ينهض في ادحاض هذا الرأي : بل على العكس نرى أن من بين أدلتها ما يتعارض تعارضاً ظاهراً مع الاصول الاصلية العامة التي يجب مراعاتها في الشفعة باعتبارها حقاً مديناً سماه القانون المسنون من مدني ومرافعات وغيرهما ، وتحمية الاصول العامة القانونية. ونؤيد رأينا بالرد على رأي محكمة الدوائر بما يأتي :

(١) ان حق الشفعة ولو أن مصدره من آراء فقهاء الشريعة الاسلامية ، الا أنه أصبح ، وقد وضعت له أحكام خاصة معينة بالقانونين المدني المختلط سنة ١٨٧٥

والأهلى سنة ١٨٨٣ ، وبقانونى الشفعة المختلط سنة ٩٠٠ والأهلى سنة ٩٠١ ، أصبح حقاً مدنياً صرفاً ، وأصبح كما قلنا فى طبيعته حقاً متجنساً بالجنسية المدنية البحث . وعلى ذلك لا يجوز مطلقاً الرجوع فى تقرير أحكامه الى الآراء القديمة السابقة على سن أصوله الحاضرة . ولذا لا نرى محلاً هنا للرجوع الى رأى محمد صاحب الامام الاعظم فى تقريره لضرورة احضار الثمن ، ولا للرأى الآخر المجمع عليه لدى الآخرين من الأئمّة فى عدم ضرورة احضار الثمن . انما الذى يجب الرجوع اليه هو الاصول العامة للقانون المستفادة من القوانين المنسوبة الحاضرة ، ومن علم القانون فى ذاته . وزى فى الاستعانة بأحكام الفقهاء السابقين ما يتنافر مع تقرير الاصول القانونية الحاضرة وينقض النصوص الموضوعية ويصرفها عما يجب أن تتحدد معه فى ميدان القانون الحاضر المنسبون والمعين تعييناً

(٢) أما وحق الشفعة قد أصبح مقيداً فى أركانه وشروط المطالبة به من اظهار رغبة ومن رفع دعوى فى مواعيد معينة ومن حظر المعارضة وتقصير أجل الاستئناف ، فقد قيده القانون مع ذلك بقيود وحصره فى دائرة معينة وأخرجه من حظيرته الاولى وقد تعارضت الآراء فيه ، الى حظيرة قانونية معينة محدودة قطعت خط الرجعة على الخلاف فيه . ومتى كان حق الشفعة قد أصبح حقاً قانونياً مدنياً وجب أن يخضع للاحكام العامة الا ما نص عليه بنص خاص . والعرض المعروف فى القانون المدنى وقانون المرافعات هو العرض المصحوب بالايذاء ، وهما عمليتان ماديتان لا يمكن حصولهما الا اذا حصل العرض حقيقة وأودع المبلغ فعلاً بخرينة المحكمة . وعلى ذلك لا محل للقول فى أن الشارع لم يذكر بقانون الشفعة ما ذكره بالمادة ١٧٥ مدنى و ١٨٥ مرافعات . لان حق الشفعة يخضع كما قلنا فيما لم ينص عليه الى أحكام القانون العامة . وزى أن فى عدم الذكر سبباً ادعى الى خضوع حق الشفعة الى الاحكام العامة ، لا أن عدم الذكر يجعل العرض بسيطاً

(٣) ان حكم الشفعة حكم مظهر لا مثبت أى مؤيد ومقرر لا ملشى . وقد

شرحنا ذلك فى مكانه . وقلنا بأن للحكم أثر رجعى يرجع لوقت وصول ائذار الشفعة الى المشتري والبائع ، أو لوقت الائذار المرسل من أحد الاخيرين الى الشفيع . ويستحيل أن يكون الحكم منتهكاً للحق (فى الوقت الذى يجب أن يقال فيه بأن حق الشفعة مقرر من وقت اظهار الرغبة) الا يتعارض . قول محكمة الدوائر فى هذا الشأن (الدليل ٣) مع الاصول القانونية العامة الحاضرة فى أن جميع الاحكام مقررة أى مظهرة للحق لا منشئة له أى لا مثبتة ، ما عدا حكم مرسى المزداد ؟

(٤) ان القول باضطرار القضاء فى الاخذ بالعرض البسيط فى القانون المدنى وقبل سن قانون الشفعة الخاص ، يؤيد صحة المذهب القائل بهذا العرض البسيط قول لا ينهض فى أن الشارع أراد بقانون الشفعة الجديد تأييد قضاء سابق . ذلك لان الشارع ، سواء كان واضع القانون المدنى أو واضع قانون الشفعة الجديد ، قد جعل حق الشفعة حقاً قانونياً عصبياً خاضعاً للقوانين المسنونة ، وفى الوقت ذاته رسم له قيوداً معينة . فاذا قلنا بالعرض الحقيقى فانا لا نأتى بقيد جديد لم يقل به قانون الشفعة ، بل نقول بقيد مستقى من القواعد العامة . لان العرض المقول به بقانون الشفعة بالكلمة الفرنسية ^(١) لا يمكن أن يكون الا العرض القانونى المعروف فى القوانين المسنونة الآن ، أى عرضاً حقيقياً مشفوعاً بالايداع . وهذا العرض الحقيقى المصحوب بالايداع هو من أوضاع القوانين المصرية الحاضرة ، وهى الاوضاع التى تخضع لها الحقوق مهما كانت أنواعها

(٥) قالت محكمة الدوائر ان الاسترداد الوراثى المعروف بفرنسا لا يشترط العرض الحقيقى . ونرى أن هذا قياس مع الفارق . ذلك لان الاسترداد الوراثى الفرنسى المقرر بالمادة ٨٤١ لم يرسم له الشارع طرقة معينة واجراءات خاصة كما فعل الشارع المصرى بقانون الشفعة . بل ذكره تلك المادة المفردة ٨٤٠ بالنص الآتى : « اذا أسقط أحد الورثة حقه فى الميراث » ^(٢) لغير وارث حتى ولو كان هذا الاخير قريباً للمتوفى ، كان للورثة كلاً أو بعضاً الحق فى اقصاء المسقط اليه من التهمة يدفع

قيمة الاسقاط اليه «^(١) ونلاحظ هنا بأن الشارع الفرنسى لم يأت بذكر لمرض الثمن^(٢) كما فعل الشارع المصرى . ولذا سار القضاء بفرنسا وأيده الفقه بأن لا ضرورة للمرض الحقيقى^(٣) وأجاز استخدام المادة المذكورة بمثابة دفع فى الدعوى^(٤) بدلا من رفع دعوى مستقلة . وأجاز أيضا للقاضى تعيين مدة لدفع المبلغ والا سقط حق الاسترداد الوراثى^(٥) . فهل تتفق هذه الاحكام الخاصة بالاسترداد الوراثى الفرنسى مع أحكام الشفعة المصرية مع ما فى هذا الحق الاخير من اجراءات وقبوض خاصة معينة ؟ وهل يجوز استخدام حق الشفعة هنا بمثابة دفع فى الدعوى ، أم لا بدحتمنا من الالتجاء الى الطرق المسنونة ؟

٦) انه وان كان قانون الشفعة لم يذكر عبارة العرض الحقيقى كما ذكرها الشارع بالمادة ١٧٥ مدنى والمادة ٦٨٥ مرافعات فانه لا يستدل منه على أنه أراد بكلمة العرض^(٦) مجرد اظهار الرغبة البسيطة ، بل أراد بها حتما العرض القعلى القانونى المصحوب بالابداع . والا كان من السهل عليه استعمال نفس الصيغة التى وردت بالمادة ٨٤١ مدنى فرنسى و٤٦٢/٥٦١ مدنى مصرى القائلة بدفع المبلغ^(٧) . وانقسم قانون الشفعة الى قسمين قسم مدنى بحث ، وقسم اجراءات . وبين الشارع شروط الحق من وجهته المدنية بما خالف فيه كثيراً وفى مواطن عدة آراء الفقهاء فى الشفعة الاسلامية . وأما ما لم يبينه فانه يجب الرجوع فيه لا الى الشفعة الاسلامية ، بل الى الاصول المقررة فى الوقت الحاضر بالقانون المدنى بوجه خاص ، وبعلم القانون بوجه عام ، وأما قسم المرافعات فقد عين الشارع اجراءاته وقبوضه وعطل فى حق الشفعة كثيراً من الاصول المقررة فى قانون المرافعات بان قيده بقيود ثم على أن الشارع أراد أن لا ينموا هذا الحق الا فى دائرة ضيقة من نواحي القانون . وفى هذا القسم قرر الشارع العرض . وان كان لم يلحق

(١) En remboursant le prix de la cession (٢) Offre

(٣) انظر تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ مدنى فرنسى من ١٩١ ن ٢٥٤ طبعة سنة ١٩٠٥

(٤) par voie d'exception (٥) ن ٢٥٦ من الكتاب المذكور

(٦) Offer (٧) En remboursant le prix

كلمة العرض بكلمة الحقيقي كما ذكرها بالمادتين ١٧٥ مدنى و ٦٨٥ مرافعات ، الا ان العرض المعروف فى القانون وعلى الاخص فى حق كله قيود من جهة المدنية ومن جهة فى الاجراآت ، هو العرض الحقيقى المصحوب بالايدياع (٧) والقول يخطر محقق بالشفيع فى حالة اثباته لصورية الثمن واستحالة استرداده لما يثبت الصورية فيه ، قول لاجل له . لانه يجوز للشفيع أن لا يمارض الا ما يمتد صحتته من الثمن الحقيقى . انما يجب عليه فى هذه الحالة اثبات ما يدعيه فان فشل كالف عرضه ناقصاً ، وتسقط شفيعته . وان نجح فعرضه سليم وصحت شفيعته . على أنه اذا عرض الثمن وأبى المشتري استلامه وجب ايداعه بخزينة المحكمة وهنا لاجل للخوف من اعسار المشتري

٨) ان فى الاجازة للقاضى بالزام الشفيع بايداع الثمن أثناء نظر الدعوى اذا ما ملح من ظروفها كيداً للمشتري ، وأنه لا تعملوا مسحة الجدية ، والا سقط حق الشفيع ، فى هذه الاجازة تسليم نوعاً ما بصحة العرض الحقيقى . نعم ولو أن هذه القاعدة قد أقرها القضاء الفرنسى كما بينا فى حالة الاسترداد الوراثى ، وأخذتها عنه الدوائر المجتمعة فى حكمها المذكور ، وأنه يصح الاخذ بها فى حالة الاسترداد المصرى المقرر بالمادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى ، فان ذلك لا يشفع فى القول بعدم ضرورة العرض الحقيقى أولاً . لانه وقد صح القول بالتجوز للقاضى فى الزام المسترد بايداع الثمن أثناء نظر الدعوى اذا ثبتت له من بعيد أو قريب بوادر المكيدة والارهاق من جانب المسترد ، فانه مما يجب الاخذ به بلا تردد ضرورة تقرير قاعدة العرض الحقيقى فى حق الشفعة ، وقد أصبح هذا الحق لا يتصرف فيه صاحبه لدفع سوء جوار ، بل جلب منافع من طريق إلحاق الاضرار بالمشتري . أو ليس فى تحويل الحق من أصل شرعيته الى طريق المضاربة اضرار بمحملة الحقوق المقررة ، بما يجعل هناك محلاً للقول بضرورة أخذ الحيلة من بداءة الامر ، تلك التى قال فيها الشارع بالعرض ^(١) لا بتلك الصيغة المعروفة فى المواد ٨٤١ فرنسى

الحظية ٤٦٢/٥٦١ مدنى و ٦٨٥ مرافعات

٥٤٥ - ابراع الثمن بعد العرضه . ولا بد من الايداع بعد العرض والا كان العرض باطلا^(١)

٥٤٦ - الطعن في الثمن بالصورية : وأما والعرض حقيقى فيجب أن يعرض الشفيع الثمن المبين بالمقد . فإذا طعن فيه بالصورية جاز له أن يعرض القدر الذى يراه حقيقيا ، على شرط ازامه باثبات صورية الفرق ، فإذا لم يستطع الاثبات كان عرضه باطلا وسقطت معه الشفعة^(٢)

٥٤٧ - اليامين في الشفعة : يوجه الحلف باليمن في الشفعة في حالتين : أولا إذا أنكر البائع والمشتري حصول البيع والشراء (إذا لم يكن العقد رسميا أو كان عرفيا وغير مسجل ولم يظهر له أثر في طالم الوجود) : ثانيا . إذا طعن الشفيع في صورية الثمن المبين بالمقد

الحالة الاولى : انكار البيع والشراء . الخصم للشفيع في هذه الحالة هو المشتري والبائع . ولكن الخصم الحقيقى الذى يتصل بالشفيع اتصالا مباشرا هو المشتري . وفي هذه الحالة اما أن يحلف المشتري على عدم حصول الشراء واما أن ينكحل

فإذا حلف المشتري بأنه لم يشتر من البائع المقار المشفوع أصبح عدم الشراء وانتفاؤه مقطوعا فيه فلا محل مطلقا لتحليف البائع^(٣) . لان الشفيع لا يصل الى البائع الا بطريق المشتري ، لانه هو الذى يتصل به مباشرة كما ذكرنا ، فلا سبيل للشفيع حينئذ للوصول للبائع ولا ثبات البيع من جهته ، لان الشفع أصبح ممنوع الاثبات بعد أن اتفق أحد شقيه وهو الشراء من جانب المشتري^(٤)

(١) استئناف ٥ فبراير سنة ٩٢٢ الحالة ٢ من ٣١٥ عدد ١٠٠ مرجع القضاء من ٣٥٦

ن ١٢٥١ . — عكس ذلك مرجع القضاء من ٣٥٦ ن ١٢٥٠ و ١٢٥١

(٢) مرجع القضاء من ٣٦٧ ن ١٣٥٤ — ١٣٥٩

(٣) طنطا الكلية ٦ سبتمبر سنة ١٩٢٠ م ٢ من ٨٥ عدد ٣١

(٤) تعليق الدكتور عبد الحميد بدوى بلشاعلى حكم محكمة طنطا المشار اليه م ٢ من ٨٧ الامود ٢

أما اذا نكل المشتري عن اليمين فانه يتحقق وقتئذ أحد شقي البيع ويجوز للشفيع الوصول الى البائع وتوجيه اليمين اليه . وفي هذه الحالة اما أن ينكل واما يحلف .

فاذا نكل أصبحت دعوى الشفعة مقبولة لثبوت البيع من جهة البائع وسبق ثبوت الشراء من جهة المشتري

وأما اذا حلف فهنا محل نظر . لانه عند عدم تحقق أحد شقي البيع . يسبق ثبوت الشراء (من جهة نكول المشتري) وانتفاء البيع من جهة البائع فهل في مثل هذه الحالة يعتبر البيع ثابتاً بشقيه قبل الاثنتين البائع والمشتري ويجوز حينئذ قبول دعوى الشفعة ؟ أم لا يعتبر ثابتاً بالمرة ويتحتم رفض دعوى الشفعة ؟

الذي يجب أن يفتى به في هذه الحالة ان دعوى الشفعة لا تقبل لعدم ثبوت الشراء من جهة المشتري أى لعدم ثبوت أحد شقي البيع . ولأن الافضل امام تناقض الموقفين ومآثر اليمينين بقاء الحال على ما هو عليه وهو الاصل أى انتفاء البيع مطلقاً

لانه كيف يمكن القول بحصول الشراء وعدم حصول البيع في آن واحد ؟ امام هذا التناقض لا تتوافر أركان التعاقد في البيع وتزول شبهة البيع بل يعتبر غير موجود بالمرة أى كأن لم يوجد

نعم وان كان لا بد وان يكون أحد الاثنتين البائع أو المشتري صادقا والآخر غير صادق الا ان القانون رسم قيوداً خاصة للاثبات وبها يحكم القانون فيما اذا كان العقد موجوداً من الوجهة القانونية أم غير موجود بصرف النظر عما اذا كان التعاقد وجد في الحقيقة أم لم يوجد

وأما القول بتحليف البائع والمشتري في آن واحد حتى مع نكول المشتري فلا محل له البتة بل يجب الاخذ بما قرره

الحالة الثانية : صورية الثمن . اذا ادعى الشفيع صورية الثمن المبين بالعقد وطلب توجيه اليمين لحصبه فلا يجوز له أيضاً توجيهها الى الاثنتين معاً ، بل توجيهها

أولاً الى المشتري . فإذا حلفها هذا الاخير قضى برفض الادعاء بالصورية ولا محل لتوجيه اليمين الى البائع . لانه يفرض توجيهها اليه اما ان يحلف فرفض الصورية ولا شك لا تنفأ ثبوت أحد شقيها ، وأما ان ينكل فلا تعتبر الصورية قائمة أيضاً لا تنفأ الثبوت من أحد جانبيها . وعلى ذلك فلا محل لتوجيه اليمين للبائع في حالة الحلف من جانب المشتري لعدم تحصيل نتيجة ايجابية من ذلك لأن النتيجة سلبية على اختلاف صورها كما رأينا

وأما اذا نكل المشتري عن اليمين فانه يجب في هذه الحالة توجيه اليمين للبائع . فان نكل صحت الصورية لانها أصبحت ثابتة بشقيها . وان حلف فلا تثبت الصورية لانها وان ثبتت من جانب المشتري فهي لم تثبت من جانب البائع . وما دام ان أحد ركنيها قد انهار فلا تقوم لها قائمة مع قيام الجانب الآخر

على انه يجب ان ينظر الى البائع والمشتري ، في حالتى انكار البيع والادعاء بالصورية ، باعتبار ان كل واحد منهما يعتبر غيراً ازاء الآخر أى أجنبياً عنه فلا يصح أن يتأثر أحدهما من حمل الآخر تأثيراً قانونياً من طريق رد الفعل القانوني . بمعنى انه اذا لم يحصل البيع حقيقة من جانب البائع ونكل المشتري عن اليمين فلا يتأثر البائع مطلقاً بهذا النكول . نعم وان كان للنكول أثر قانوناً بذمة المشتري الا ان هذا الاثر ، فضلاً عن انه معلق على شرط نكول البائع ، فانه لا يتعدى ذمة المشتري الى ذمة البائع لان البيع لم يثبت بالطريق القانوني (سواء كان التعاقد حصل فعلاً أو لم يحصل للمرة) ويستحيل ان يقوم الدليل قبل البائع لمجرد نكول المشتري لان الشفعة لا تقوم لها قائمة الا اذا ثبتت الصفقة بشقيها ، والنكول كالاقرار لا يتعدى المقر . ولا أثر للنكول بذمة المشتري ما دام لم ينكل البائع . انما يثبت هذا الاثر اذا حلف البائع كما ذكرنا .

أما اذا حصلت الصفقة حقيقة ولكنها لم تثبت بالكتابة وطبقاً للقيود القانونية فلا يتعدى نكول المشتري في نتائجها القانونية الى البائع . لان هذا الاخير لا يرتبط

قانوناً بما ارتبط به المشتري الا برضائه وقبوله بهذا الارتباط . وفي نكوله رضاء بالارتباط .

هذا ويجب ان لا يغفل أمر احتمال تواطؤ المشتري مع الشفيع في النكول عن الحلف ، فان هذا التواطؤ لا يؤثر بشيء ما على البائع . وفي هذه الحالة لا يجوز توجيه اليمين للبائع بل يرفض توجيهها . وعلى كل حال فسواء كان هناك تواطؤ أو لم يكن هناك بالمرّة فلا يستطيع الشفيع اشغال ذمة البائع بشيء الا برضاء هذا الاخير ، فاذا تمكّل اشتغلت ذمته (على شكل نكول المشتري) واذا حلف فلا

٥٤٨ — واذا رأى الشفيع ان للغير حقوقاً على العقار أو رأى ان عقداً البيع المترتب عليه حق الشفعة مطعون فيه بالتزوير ، جاز له ايداع الثمن بخزينة المحكمة دون الحاجة الى الالتجاء الى عملية العرض ^(١) . واذا كان الشفيع يعنى في هذه الحالة من العرض فكيف يتحقق أيضاً اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة الى المشفوع منهما البائع والمشتري ، وهو ذلك الاعلان المقرر بالمواد ١٤ و ١٩ و ٢١ ؟ نرى من اللازم تحقيق ذلك بضرورة اخبار المشفوع منهما بالرغبة في الاخذ بالشفعة وعلى الاخص اذا خيف ان يحصل الايداع بعد مضي ١٥ يوماً من وقت حصول العلم ، لان اعلان الرغبة شرط ضروري ، انما يمكن التجاوز عنه اذا رفعت دعوى الشفعة من غير ان تكون مسبوبة بهذا الاعلان ، ولكن على شرط رفعها في مدة الـ ١٥ يوماً المقررة لاعلان الرغبة

واذا شفع الشفيع في عقار معين من العقارات المباعة صفقة واحدة بثمن واحد ، جاز له تقدير العقار المشفوع تقديرًا ظنيًا يسهل معه القول بأنه تقدير جدى ثم يعرض هذا الثمن ^(٢)

على القاتن القانونية : يراد بملاحظات الثمن القانونية ^(٣) المصاريف الرسمية ^(٤)

(١) مرجع القضاء من ٣٥٦ ن ١٢٤٩ . — انظر أيضاً ن ١٢٥٣

(٢) استئناف ١٢ يناير سنة ٩٠٤ الاستقلال ، ٣ من ٢٧

(٣) frais et loyaux coûts (٤) légitimes accessoires

أى مصاريف التسجيل وأجرة الوساطة^(١) وإن كان الشفيع ملزماً بالمصاريف الضرورية والنافعة التي صرفها المشتري على العقار، فإنه لا يلزم بالتقيام بعرضها على المشتري^(٢)

٢- رفع دعوى الشفعة

٥٤٩ - تقول المادة ١٥ ما يأتى : « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة عشرة والاسقط الحق » ويلاحظ ما يأتى :

١ - ترفع دعوى الشفعة في ظرف ثلاثين يوماً . وابتداءؤها من تاريخ وصول اعلان اظهار الرغبة من الشفيع ، أو من تاريخ وصول اخبار من المشتري أو البائع الى الشفيع . وهى مدة سقوط^(٣) وليست مدة تقادم ، وعلى ذلك فهى لا تقبل قطعاً ولا ايقافاً . فاذا رفعت امام محكمة غير مختصة فلا تعتبر المدة قطعت ، وهذا على خلاف ما يجرى عليه القضاء المختلط كما بينا فى مكانه

ولا يحقشب آخر يوم اذا كان يوم عطلة رسمية^(٤) واذا كانت العطلة أكثر من يوم فيعتبر اليوم التالى لانتهائها هو اليوم الاخير للمدة ، وذلك كما ذكرنا بشأن مدة اظهار الرغبة^(٥)

ولا تقبل مدة ال ٣٠ يوماً زيادة بالنسبة للمسافة ، كما فعل القانون بشأن مدة

(١) أى ائتاب الوسيط ، وهى السمسرة ٦ يونيو سنة ١٧٠٩٠٥ ، ٢٢٠ . واذا تبين بان الثمن صورى فلا يلزم الشفيع بدفع مصاريف التسجيل وأجرة الوسيط الا بالنسبة القدر الحقيقى .

استئناف ١٨ مارس سنة ١٩١٤ ش ، ١ ص ١٤٦ عدد ٣٧١

déchéance (٢)

(٣) دى هلس ج ٣ ص ٢٦٨ ن ١٢٨ ، ص ٢٦٩ ن ١٢٩

(٤) طنطا الكلية ١٠ يونيو سنة ٩٠٧ ح ٢٣ ص ١٧٠ ، المحاكم ٢٠ ص ١٩٩٢

(٥) طنطا الكلية نمرة المحكم ٤٣٠ سنة ٩١٩ المحاماة ، ١ ص ٤٠١ عدد ٧٧

ال ١٥ يوماً بالمادة ١٩^(١) وكان الاولى الاخذ بمواعيد المسافة تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٧/ ١٩ مرافعات. ولكن أن للشارع في تقريره للمسافة في حالة اظهار الرغبة، دون تقريره لها في حالة رفع الدعوى، معنى خاصاً يخرج مسألة المسافة في الشفعة عن القاعدة العامة^(٢) واذا قضى بابطال المرافعة لعدم حضور المدعى زالت الاجراءات وسقطت الشفعة اذا سبق ومضت مدة ال ٣٠ يوماً^(٣) ولا بد من اعلان البائع والمشتري في مدة ٣٠ يوماً. واذا عمل أحدهما على الافلات من وصول الاعلان اليه في المدة القانونية باستعمال الغش فلا يسقط حق الشفعة^(٤)

واذا تعدد البائعون ولا يعلم الشفيع الا ببعضهم دون البعض الآخر ورفع الدعوى على من يعرفهم في الميعاد القانوني ثم أدخل الباقيين في الدعوى بعد مضي الميعاد، صححت دعواه^(٥)

وان كان البائع قد يتقاضى ثمن الصفقة ويذهب لحال سبيله، الا أنه لما كان من المترتب على الاخذ بالشفعة أن يحل الشفيع محل المشتري، ويصبح البائع ضامناً للشفيع في كل ما يتعلق بالصفقة فلا بد من ادخال البائع خصماً في الدعوى. فاذا كان أجنبياً أصبحت الدعوى من اختصاص القضاء المختلط^(٦) وبالنسبة للقاصر الشفيع ترفع الدعوى من وصيه^(٧). ويجوز للوكيل رفع

(١) حكم طنطا الكلية عمرة ٥٣٠ سنة ٩١٩ المتقدم الذكر

(٢) حكم طنطا المذكور عمرة ٥٣٠ سنة ٩١٩

(٣) حكم استئناف طنطا ١٥ يناير سنة ١٠٠٧ م ر ١، ٨ ص ٢٣٨ عدد ١١٢

(٤) استئناف ٢٤ مارس سنة ٩٠٧ م ر ١، ٨ ص ٣٨ عدد ١٥، ح ٢٣ ص ٩٩

(٥) استئناف ٦ ابريل سنة ٩٠٥ م ر ١، ٦ ص ٢١٧ عدد ١٠١

(٦) طنطا حكم استئناف ٢٤ فبراير سنة ٩١٤ ش، ٢ ص ٤٨ عدد ٥٣ — دى مجلس

ج ٣ ص ٢٥٨ ن ١٠٥

(٧) طنطا الكلية ١٩ ديسمبر سنة ٩٠٦ م ر ١، ٨ ص ٣١ عدد ١٦، ح ٢٢ ص ٥٩،

الحاكم ١٨ ص ٣٨٣٢

الدعوى باسم موكله ، والاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة ^(١)
 وحق رفع دعوى الشفعة من الحقوق الشخصية الخاصة بشخص الشفيع ، فلا
 يجوز لدائن الشفيع أن يشفع بدلا من مدينه اذا أبى هذا الاخير المطالبة بالشفعة ^(٢)
 ويرجع في تقدير قيمة الدعوى الى مبلغ الثمن المبين بالعقد . فان كان خاضعا
 لاختصاص القضاء الكلى وجب رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية والظعن في الثمن
 بالصورية حتى ولو تبين فيما بعد وبعد الحكم بالصورية بأن الدعوى من اختصاص
 القضاء الجزئي ^(٣)

واذا حصل تعديل في الدعوى بأن طالب الشفيع أولا العقار المشفوع محدوداً ثم
 طلب الحكم به مشاعاً صحت الدعوى ، ولا يعتبر ذلك تغييراً اشكلها ^(٤)
 ويجوز لشخص ثالث أن يدخل خصماً ثالثاً في دعوى الشفعة بصفته شفيعاً
 مقدماً على الذي رفع الدعوى . وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً بمراعاة القواعد
 المقررة لأقامة دعوى الشفعة ، بل يكفي اتباع القواعد العامة المنصوص عليها في
 قانون المرافعات . ويشترط لقبوله في الدعوى أن لا يكون حقه قد سقط بأحد
 الاسباب المسقطه للشفعة ^(٥)

ويحكم في دعوى الشفعة بوجه السرعة (المادة ١٦) ولا تقبل فيها المعارضة
 سواء في الاحكام الابتدائية او الاحكام الاستئنافية ^(٦) وميماد الاستئناف فيها ١٥

(١) استئناف ٦ فبراير سنة ٩٢٢ الحاملة ، ٢ عدد ١٠١ س ٣١٧

(٢) دى هلس ج ٣ من ٢٥٨ ن ١٠٥ . وهذا هو الحكم أيضاً في دعوى الاسترداد :
 بلانول ج ٣ ن ٩٦٨ و ٢٤٥٠

(٣) طابدين ٢٠ فبراير سنة ٩٠٥ ح ٢٠ س ١٨٧

(٤) استئناف ٢٥ أبريل سنة ٩٠٥ ح ٣١ س ٣٤ — ولا يجوز أن يقدم بالاستئناف
 طلب جديد غير الطلب الاصلى (المادة ٣٦٨ ، ٤٢٢ مرافعات) فإذا طلبت الشفعة في جزء من
 العقار بنسبة عدد الرؤوس ، فيعد طلباً جديداً طلب أخذ العقار كله بالشفعة ، وعلى ذلك لا يقبل :

استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ ح ١٤ س ٥٢٠ (٥) قنحي باشا س ٩٥

(٦) استئناف ٢٦ يناير سنة ٩٠٨ المحاكم ٢٠ س ٤١٦١ . ولا يتناول هذا القيد في عدم
 المعارضة وتقصير أجل الاستئناف الا دعوى الشفعة بالذات . وعلى ذلك اذا فصل فيها نهائياً ثم

يوماً (المادة ١٧) ^(١) . ولا ينتفع من لم يستأنف باستئناف من استأنف لان الحق الناشئ عن الشفعة قابل للاقسام ^(٢)

حق الاسترداد في الشيوع

(١) تمهيد

٥٤٩ — يكره في سبيل المعاملات بين الافراد أن يعمل على تعطيل ميزة استقرار الحقوق في أيدي أصحابها فيباح للغير الحق في زعزعة الحقوق المستقرة ورفع الطمأنينة عنها . ومن مميزات التشريع المصري العالمي أن يعمل على تقرير الطمأنينة للحق بحيث لا يشعر صاحبه بما يلقه عليه ويجعله مضطرباً لديه . وأما وقد تقرر الاسترداد ^(٣) في بعض الشرائع الحاضرة ، كالاسترداد الوراثي بفرنسا ^(٤) والاسترداد في بيع الوفاء ، والاسترداد في الشيوع ^(٥) ، والاسترداد بالشفعة في القانون المصري ، واسترداد الحق المتنازع فيه ^(٦) في القانونين ، فلا يجوز أن يؤخذ في هذه الانواع من الاسترداد الا بالتقدير الذي قد نص عليه وفي حدود المنطقة المعينة بالنصوص ، لان في الاسترداد على اختلاف أنواعه شذوذاً للبحق من حيث الاستقرار والطمأنينة ، واخراجاً له من يد صاحبه الى يد الغير ، دون كبير مسوغ ^(٧)

قامت بعد ذلك اشكالات فتخضع هذه الاشكالات لقواعد العامة المقررة بقانون المرافعات ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ ، ١٦ ، ٢٨٣ — قانون ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ ، ١٥ ، ٣٠ ، ٣١ مارس سنة ١٩٠٤ ، ١٦ ، ١٨١

(١) استئناف ٢٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ١٢ ، ٩ من ٢٦١ عدد ١١١ ، ح ٢٤ من ٢٨ — دي هاس ج ٣ من ٢٨٥ ن ١٧٢ (٢) استئناف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ ح ٢٤ من ٥٩

Retrait successoral (٤) Retrait (٣)

Retrait litigieux (٦) Retrait d'indivision (٥)

(٧) قانون دالوز تعليقات على المادة ٨٤١ مدني فرنسي طبعة سنة ١٩٠٥ من ١٨٣ ن ٣٠ . وكما ظهرت أمارات اليسر تقاطع المستردون على الاسترداد طمناً في المهادنة لاجل بيع

وانا لا تصح مجالا للقول هنا الا للاسترداد في الشيوع أى استرداد الحصة المبيعة في الشيوع قبل القسمة وذلك نظراً لتلك الصلة الكبرى القائمة بين هذا النوع من الاسترداد والشفعة ومبلغ أثر كل منهما في الآخر . وأما الانواع الاخرى فلا تدخل في مناطق بحثنا

(٢) شروط الاسترداد في الشيوع

٥٥٠ - ان الموسع للاسترداد في الشيوع هو المحاولة بين تدخل الاجنبي عن الشركاء والاطلاع على أسرارهم . وربما كان نصيب هذا الموسع من الضعف بقدر ما لمسوخ الشفعة من الضعف أيضاً في رفع سوء لجوار ، وذلك لما عليه الحالة الاجتماعية الحاضرة من تبان ظاهر مع الازمان الماضية . ولعل في نظام الشركات وفي تقسيمها الى شركات أشخاص وشركات أحوال أكبر كفيل لمراعاة الاعتبارات الشخصية للأعضاء . وهذا هو الذي يجب أن يراعى . وأما القول بانفساء أسرار الشيوع فهو وهم وخيال ان كان له وزن في الماضي فلا وزن له في الوقت الحاضر (١)

ما يستردونه ، بمن أعلى مما استردوا به (مقال لاجد بك الطفي الحلي م ، ١ ، ص ٧٥ - ٨٥ وهو مقال أراد به صاحبه كما قرر ذلك وصف حال التناقض في الاحكام دون أن يبين هو ما هو الاصح فيها) وكما تولد أوقات اليسر كما انكش أصحاب الحق في الاسترداد وأجموا دون المطالبة به لا يتول بهم من السر وضيق ذات اليد

(١) ويرى الشارحون الفرنسيون في الاسترداد الوراثي نوعاً من نزع الملكية للمنفعة الخاصة : بودرى الوجيز ج ٣ ٦٧٨ لايتول ج ٣ ن ٢٤٤ . وأبطله القانون الايطالي من قانونه المدني الحديث . ويرى بعض المشتغلين بالفقه المصري ضرورة بقاء هذا النظام تقليدياً من ضرر أكبر وأبلغ . ذلك ان ابن الأسرة وقد ورث من مورثه نصيبه الشرعي في التركة يسارع الى البحث عن مال يصرفه في قضاء حاجاته فينتفقه المراهي فيشتري منه هذا الاخير حقه الشائع في الميراث يخس الثمن وينطوي في ذلك حتماً الربا الفاحش . ولكن لما كان المراهي يعلم بان الوارث الآخري في الاسترداد والانتفاع بالثمن البخس دونه ، فانه لا يهجم بالشراء (فورجو ص ٧٢) ، وهذا الاسترداد الوراثي (والشفعة) هو نفس هذا النوع الذي أباحه القانون الالماني الحديث (المادة ٢٠٣٤ مدني الماني وانظر تعليق الفرنسيين على شرح القانون الالماني ج ٦ ص ٦٩٧ وينصح مع ذلك المشتغلون بالفقه المصري

وما دام أن المسوغ للاسترداد هو ضرر افساء أصرار الشيوع ، فهي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل دليلاً عكسياً^(١) كالضرر في الشفعة سواء بسواء . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمشتري أن يقيم الدليل ضد المسترد بأنه لم يترتب على شرائه افساء أى سرما ، لأن الضرر أمر مقطوع فيه من الشارع ، لا يباح اثبات عكسه

أما شروط الاسترداد فهي مستفادة من نص المادة ٥٦٢/٤٦١ مدنى . وهي تنص على ما يأتى :

« يجوز للشركاء في العين^(٢) قبل قسمته بينهم أن يستردوا لا تقسمهم^(٣) الحصة الشائعة^(٤) التي باعها أحدهم للغير^(٥) ويقوموا بدفع ثمنها^(٦) والمصاريف الرسمية^(٧) والمصاريف الضرورية^(٨) أو النافعة^(٩) »

٥٥١ — ومن هذا النص يمكن التعرف على شروط الاسترداد في الشيوع

وهي :

(١) السُّبُوع : يجب أن يكون هناك شيوع بين الملاك . وهل يجب أن يكون الشيوع حاصلًا في الملكية فقط دون أن يجوز أن يكون الشيوع في غير الملكية ، كأن يكون في الرقبة ، وفي حق الانتفاع ؟ نميل الى القول بالشيوع في الملكية دون غيرها . نعم ولو أن العلة واحدة ولكننا أمام نص استثنائي لا يجوز معه التوسع فيه والخروج عن حدود منطقته . والشيوع مأخوذ به سواء كان شيوطا خالداً أو شيوعاً مؤقتاً

ولا عبرة بما إذا كان اصل الشيوع الارث أو عقد الشركة أو الشراء أو

بضرورة هذا النظام من التشريع المصرى اذا أدت الساعة بأعادة وضع التشريع على أساس جديد (فورجوس ٨٦)

(١) présomption jus et de jure

(٢) Copropriétaires originaires (٣) Racheter

(٤) Part indivise (٥) Tiers (٦) Remboursant le prix (٧) Loyaux

(٨) Dépenses nécessaires (٩) et utiles

الوصية أو الهبة أو غير ذلك^(١) لأن نص المادة ٥٦١/٤٦٢ مدني عام وهو وارد في الفصل المقتود « لقسمة الشركات وغيرها ». وبذا خالف القانون المصري مرشده القانون الفرنسي بالمادة ٨٤١ أذ جعله مقصوراً على الشيوع الناتج عن الارض دون الشركة^(٢)

وإذا تعدد المستردون فيقسمون الحصة المستردة بينهم بنسبة انصباهم في الشيوع . وإذا استرد البعض دون البعض الآخر جاز للمشتري أن يطالب بالحصة المبيعة كلها ويختص بها وحده . ولا يجوز الزامه بطلب قدر يتناسب مع حصته فقط . وهنا هل يعتبر حق المسترد في طلب الحصة كلها ، حقاً اختيارياً له ، ان شاء طلبه وان شاء طلب القدر المناسب لتخصيمه ؟ أم أنه ملزم في أن لا يقسم الصفقة المبيعة وأنه يجب عليه طلب الحصة المبيعة كلها ؟ الذي نراه أن الحق ليس اختيارياً له . ويجب عليه المطالبة باسترداد الحصة المبيعة بأكملها . والا اذا طلب الجزء دون الجزء لفات الغرض المقصود من شرعية المادة ٤٦٢ مدني ، اذ يبقى المشتري الاجنبي شريكاً مع الشركاء

(٢) البيع : يجب أن يكون المالك على الشيوع قد تصرف بالبيع . وعلى ذلك لا محل للاسترداد اذا حصل التصرف بغير البيع ، كأن يكون قد حصلت مقايضة ، أو هبة ،^(٣) ومن باب أولى حصل وقف . واذا حصل تسليم العقار للشركة في مقابل حصة الشريك في رأس المال فلا يجوز الاسترداد للأسباب التي بينها في حالة الشفعة . لأن تسليم العقار للشركة لا يعتبر بيعاً ، بالمعنى الحقيقي ، انما يعتبر عقداً خاصاً^(٤) واذا بيعت الحصة بالمراد القضائي جاز الاسترداد أيضاً^(٥)

(١) نظماً الكلية ١٢ مايو سنة ١٩١٧ م ر ١٩٠١ ص ٨ عدد ٩

(٢) تطبيقات دالوز على المادة ٨٤١ جدول سنة ١٩٠٥ ص ١٨٣ ن ٥

(٣) دى هلس ج ٤ ن ١٣٦ ص ٧ تطبيقات دالوز على المادة ٨٤١ ص ١٨٥ ن ٨٠ — واذا كانت الهبة مقيدة بشروط Charges فانه لا يجوز الاسترداد اذا ثبت بأن قيمة هذه الشروط قليلة جداً بالنسبة لقيمة الموهوب: تطبيقات دالوز على المادة ٨٤١ ص ١٨٥ ن ٨٣ — واذا وجدت الحصة الشائعة تحت يد الغير بضمها ، بيع والبعض الآخر موهوب فلا يقبل الاسترداد بتطبيقات دالوز ٨٤ sui generis (٥) تطبيقات دالوز ص ١٨٦ ن ٩٦ — ويرى بعض فقهاء

(٣) البيع على الشيوخ : المالك الشائع قد يبيع حصته الشائعة شيوعاً في الملك المشاع . وقد يبيعهما في عقار معين من أعيان المشاع . وإذا كان الاسترداد جائزاً في الحالة الأولى بلا شبهة فهل يجوز في الحالة الثانية ؟ ان يبيع الحصة الشائعة في عين معينة يبيع قد يطمئن فيه المشتري بأنه أراد عقاراً معيناً مملوكاً بغير شيوع . وفي هذه الحالة يجوز الحكم بفسخ عقد البيع . وأما القول بصحة البيع وتوقيفه على حصول القسمة فيصح نهائياً إذا ظهر العقار بنصيب البائع ، ويبطل إذا ظهر العقار في نصيب شريك آخر على الشيوخ ، فهو قول لا نقره . أما إذا كان المشتري يعلم بحقيقة الحال فربما يصح إيقاف البيع على التحديد حتى تحصل القسمة ، ولكننا نرى في الوقت نفسه الحكم للمشتري بصحة البيع شيوعاً ليس غير

إذا علم ذلك فما هو مركز المسترد . وهل يجوز له الاسترداد أم لا ؟ إذا بطل البيع فلا محل للاسترداد حتماً . وأما إذا قضى باعتبار البيع على الشيوخ فيجوز الاسترداد ^(١) وكذلك يجوز الاسترداد فيما إذا قضى بمكس ما قلنا به ، بتوقيف صحة البيع على حصول القسمة . لأن المشتري لم يشتر في الحقيقة سوى حق شائع ، بدليل أنه لا يستطيع الانفراد باستغلال العقار المعين ولا التصرف فيه ، إذ كل ذلك موقوف على حصول القسمة . والمسترد هنا يحل محل المشتري ، أي يعتبر مالكا لحق على المشاع وإن هذا الحق المشاع يستحيل فيما بعد إلى المقار المعين عند حصول القسمة فيما إذا ظهر بنصيب البائع ^(٢)

الفرنسيين جواز الاسترداد في حالة ١٠ إذا كان الزاد برغبة المالك ولم يكن جبراً عليهم . تعليقات دالوز ن ٩٧

(١) ويقول القضاء الفرنسي في بعض أحكامه ويؤيده الفقه الغالب بأنه لا يجوز الاسترداد في حالة ما إذا كان البيع منصفاً إلى الحصة الشائعة في عقار معين أو عقارات معينة . تعليقات دالوز ص ١٨٦ ن ١٠٧ . وانظر هنا استئناف ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ر ٣٤١ ف ص ٤٤ عدد ١٥ وعلى الاخص العمود الأول من الصفحة ٤٧

(٢) عكس ذلك استئناف ٨ مايو سنة ١٩٠٥ القضاء ، ٢ ص ٢١٤ و ٢ يناير سنة ١٩١٦ القضاء ٣ ص ٢٣١ و ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ر ٣١١ عدد ٤٤ ص ١٥ ح ص ١٦ ص ٢٣٥ . ومن رأى القضاء ان الاسترداد غير جائز ، وأما الشفعة جائزة بفرضها — ويلاحظ دى هلس ج ٤ ص ١٣٦

والاسترداد صحيح سواء كان باع المالك الاصلى تصيبه كله أو بعضه
وإذا باع المالك الاصلى نصيبه الشائع في عقار معين من أعيان المشاع فهل
يجوز الاسترداد أيضاً ؟ نقول بالإيجاب . ولكن محكمة الدوائر الاهلية تفرق
بين حالتين بالرجوع الى الموسوع للاسترداد ، وهو منسح تدخل الاجنبى عن
الشركاء في شتوون الشركة . فقالت اذا خيف التدخل و افشاء أسرار الشيوع جاز
الاسترداد ، واذا لم يخش افشاء الاسرار فلا استرداد^(١)

٥٥٢ - البيع من المالك الاصلى : يحصل الشيوع اما بالتراضى واما
بسبب الوراثة أو لتغيرهما . والملاك الاصيلون في السكل هم الذين وجدوا أولاً
في حالة الشيوع^(٢) والورثة كذلك ملاك على الشيوع^(٣) . سواء كانوا هم
الاصل في الشيوع بسبب الارث من مورثهم ، أو كانوا ورثة لاحد المالكين
على الشيوع ، فخلوا بمجلة في الشيوع^(٤) . وعلى ذلك لا يجوز الاسترداد الا عند بيع

ن ٦ ، بأنه ما دام أن حق المشتري ملحق على شرط حصول القصة فكذلك يعتبر حق المسترد
أيضاً ملحقاً على شرط حصول القصة وظهور العقار المبيع بالنصيب المفروض لشريك البائع . فاذا ظهر
العقار المبيع بنصيب البائع جاز للمشتري وقتئذ أن يسترده ، وينب أن يسترده في هذه الحالة بطريق
الشفعة . هذا ما يقوله دى مجلس ونحن لا نقره عليه ، بل الذى نراه تقرير حق الاسترداد للمسترد
من وقت حصول البيع . فاذا ظهر العقار بنصيب الشريك البائع كان له عقار آخر في مقابل الحق
المشاع الذى اشتراه

(١) الدوائر الميتمة في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ١ ر ، ٢٣ ، ١٧٠ ص ١١١ ، المحاماة ،

٣ ص ٧١ عدد ٤٠ وهو ما لا قرها عليه

(٢) أى أول من تحقق الاشتراك بينهم وأراد القانون حماية اسرارهم . أما من حلوا بمجلس
فلا امتياز لهم على الاجنبى : حكم الدوائر الميتمة الاهلية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ١ ر ، ٢٣ ،
عدد ١١١ ص ١٧٢ في أول المواد الاول من أسباب الحكم

(٣) Propriétaires originaires ويلاحظ أن الترجمة العربية لاداة ٤٦٢ جاءت ناقصة اذ
لم تأت بكلمة الاصيلين ، على أن لهذه الكلمة آثاراً هامة في تقرير شروط الاسترداد . والسبب في
ذلك أن الترجمة العربية لنص المادة ٤٦١ مختلط جاءت بهذا النص . فنقلها المترجم لقانون الاهلى
دون أن يراعى هذا النص . وأصبح النص المختلط والاهلى بالنسخة العربية لهما واحداً وعلى كل
حال يجب الاخذ بالنسخة الفرنسية : ملطاً للكلمة ١٢ مايو سنة ١٩١٧ م ١ ر ، ١٩ ، ص ٨ عدد ٩

(٤) دى مجلس ج ٤ ص ١٣٧ ن ٩ - لانه عقب وفاة المالك على الشيوع لا يجوز لبقية
الملاك أن يستردوا حصصه المتوفى التي تؤول لورثته . لان انتقال الملكية بالارث لا يستبريماً يجوز

المالك الأصلي للغير . فإذا باع المالك الأصلي نصيبه ولم يمتدده شركاؤه وتنازلوا عن حق الاسترداد ، فهل يجوز لهذا المشتري ، الذي كان أجنبياً وأصبح منهم الآن ، حق الاسترداد فيما إذا باع أحدهم ؟ تقول بالإيجاب ^(١) وإذا باع المشتري ، بعد تنازل الشركاء الأصليين عن الاسترداد ، نصيبه فهل يجوز للشركاء الأصليين الاسترداد ؟ تقول بالإيجاب لأنه يتفق والنص ^(٢) ولا يعتبر تنازلهم الاول شاملاً لكل بيع مستقبل . وربما كان لتنازلهم عن البيع الاول ولقبولهم دخول الاجنبي معهم مسوغ يرجع لشخصية المشتري

فيه الاسترداد . وإن كان لشخصية أعضاء الشركة دخل في تكوين الشركة ، وكانت شخصية أشخاص لا شركة أموال ، محل الشركة عقب وفاة أحد أعضائها ، الا اذا اشترط بمقتضى الشركة بقاها برغم وفاة أعضائها — مع أن القضاء المصري يرى أن وراث الشركاء الأصلي لا يعتبر شركاء أصلياً لأنه لا يقوم مقام مورثه في كل الاحوال كما هو الحال في الشريعة الاسلامية : ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ ، ٢٧ ، ١٠٠ — اسبوط الكلية ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ١٠٢٢ ، ١٠٠ عدد ٧ — وليس المشتري طيباً حق الاسترداد مادام أن الاسترداد موجه ضده بالذات حتى تمام القسمة : استئناف ٢ يناير سنة ١٩٢٢ المحللة ٢ ص ٢٥٦ عدد ٨٠

(١) ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٠٤ ، طنطا الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ١٠٢٢ ، ٢٠ عدد ٧٦ . وحجة القضاء في هذا الحكم الاخير أن الشارع قصد من تقرير حق الاسترداد تمكين الشركاء في الملك من أن يخرجوا من بينهم شخصاً طارئاً عليهم قد يتضررون منه ، وقد تصعب معه عملية القسمة ، فقرر هذا الحق للشركاء الأصليين . ولم يرد بالشركاء الأصليين من نشأ بينهم الشيوع من بادي الامر دون سواهم ، بل من وجد بينهم الشيوع قبل بيع الحصة المطلوب استردادها لأنه يحق لهم جميعاً أن يتضرروا من شخص طارئ عليهم وأخرج بذلك الشركاء الطارئين بعد بيع الحصة الذين ليس لهم أن يتضرروا من حالة سابقة على نشوء حقهم وهذا التفسير يؤيده سياق النص فإن المائدة أجازت للشركاء الأصليين استرداد الحصة التي باعها احدهم للغير ، فأخرجت بذلك الحصة التي باعها شريك طارئ قبله الشركاء الأصليون . فإذا اعتبر أن الشركاء الأصليين هم من نشأ بينهم الشيوع من بادي الامر لما جاز لهؤلاء الشركاء استرداد الحصة التي باعها شريك طارئ كانوا قبلوه مع أنه لا موجب لتفرقة بين البيع الذي يصدر من شريك متأخر عنه اذكلاماً قد يضر بمن هم شركاء في الملك وقت البيع — انظر عكس ذلك جرجا جزئي ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ م ١٠٢٢ ، ٢٢ ص ١٦٦ عدد ١٠٤ ، مرجع القضاء ص ٧٩٩ م ٣٤٤٨ مرجع القضاء ص ٧٩٩ م ٣٢٤٩ حيث قرر بأنه اذا كانت للشركة ناشئة عن ميراث وتوفى أحد الشركاء الأصليين ثم باع أحد ورثته نصيبه للشامخ الى الغير فليس لباقي الشركاء حق استرداد المبيع لان الشريعة الاسلامية لا تعتبر الوارث مكملاً لشخص المورث

(٢) وإذا رضى الشركاء في الملك بدخول أجنبي بينهم باع اليه أحد الشركاء حصته فلا يمنعهم ذلك من استعمال حق الاسترداد بالنسبة لغيره : مرجع القضاء ص ٨٠٠ م ٢٣٥٤

ولا يجوز الاسترداد الا اذا كان البيع لاجنبى عن الشركاء كما نصت المادة بذلك وكما يتفق مع المموج التشريعى لها . وعلى ذلك لا استرداد اذا حصل البيع لاحد الشركاء^(١)

ولا يعتبر المحتال^(٢) ، وهو من تحول اليه الحق من الشريك الاصلى ، شريكا أصلياً . وعلى ذلك فليس له حق الاسترداد في الشيوخ^(٣)

ولا يشترط أن يقيم المسترد اثبات حصول ضرر من افشاء أسرار الشيوخ بل الضرر مقطوع بوقوعه قانوناً ، وتعتبر المادة ٤٦٢ قرينة قانونية قاطعة كما قررنا

وما الحكم فيها اذا اشترط المتبايعان بأنه يبطل عقد البيع اذا تم المسترد بالاسترداد؟ فهل يجوز القول بأن الاسترداد يبطل بمجرد أن تتحقق المطالبة به ، حيث لا بيع ؟ أم أن هذا الشرط باطل لانه افتئات على حق المسترد بلا مبرر؟ اختلفت الآراء في ذلك : رأى يقول بأن مثل هذا الشرط باطل لانه غير مشروع^(٤) وانه يجوز الاسترداد^(٥) ورأى يقول بصحة الشرط وعدم جواز الاسترداد ، لان الشرط لا يرمى الى الافتيات على حق الاسترداد ومنع وقوعه ، بل يرمى الى القضاء عليه في الوقت الذى يراد العمل به^(٦)

وانا نميل الى تأييد رأى الاول أخذاً بما قررناه في الشفعة في حالة تقابل المتبايعين وعودتهما عن البيع

(٣) اجراءات الاسترداد في الشيوخ

٥٥٣ — لم يرسم الشارع طرقاً معينة يجب اتباعها في الاسترداد كما فعل بالشفعة وعلى ذلك يصبح هذا الاسترداد خاضعاً للقواعد العامة للدعوى بوجه عام

(١) دى مجلس ج ٤ ص ١٢٦ ن ٨ (٢) Cessionnaire

(٣) ٦ يونيو سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ٣٢٧ ، ٧ فبراير سنة ٩٠٧ ، ١٩ ، ١١٤

(٤) illicite (٥) تعليقات دالوز ص ١٨٦ ن ١٠٣ (٦) تعليقات دالوز ن

١٠٤ ، بودرى الطول مع قائل ج ٢ ن ٣٣٥٤

ولا يمرض للسقوط بأحد المسقطات المقررة في الشفعة ^(١)
ودعوى الاسترداد عقارية أو منقولة على حسب الاعيان المطلوب قسمتها ^(٢)
ويجوز رفع دعوى الاسترداد حتى تحصل القسمة . وعلى ذلك لا تسقط الدعوى
بالتقدم قبل ذلك ^(٣)

ويجوز للمسترد ان يطالب بالاسترداد حتى يحكم نهائياً بالقسمة أو يعمل عقد
نهائي بها ^(٤) والمراد بالقسمة هنا القسمة النهائية المنصبة على الملكية أو الحق
العيني . وأما قسمة المهايأة فلا يعمل عليها ولا تعتبر حائلاً دون الاسترداد
ويجوز التنازل عن حق الاسترداد اما بالتنازل الصريح أو التنازل الضمني ^(٥)
وما القول فيما اذا عمل عقد القسمة النهائي أو صدر حكم القسمة ولم يتسجل
العقد والحكم طبقاً لقانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ ؟ فهل عدم
التسجيل حائل يحول دون المسترد في الاسترداد ، مع أنه لا عبرة بالتسجيل وعدمه
ما دام ان القسمة تقرر نهائياً ؟ الذي نراه ان حصول القسمة نهائياً بعقد أو
بحكم يحول دون دعوى الاسترداد . لان الملاك على الشيوع الذين اقتسموا ،
وفيهم الاجنبي الذي اشترى ، والشريك المالك الاصلى ، لا يستطيعون التمسك
قبل بعضهم البعض بعدم تسجيل العقد والحكم ، لان التسجيل ولو انه شرع
لنقل الملكية والحقوق العينية العقارية ، الا أنه شرع أيضاً لحماية الغير . ولا
يمكن اعتبار المسترد وهو مالك أصلي يعلم بطروف الملك الشائع وهو طرف بعقد
القسمة من طبقة الغير في هذه الحالة . ولذا كان يجب عليه أن يطالب بالاسترداد
قبل حصول القسمة نهائياً . لانه بعد حصولها لا يملك الطعن فيها بعدم التسجيل .

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١١ (٢) تعليقات دالوز ص ١٨٩ ن ١٤
(٣) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١٣ (٤) وما دامت القسمة لم تصبح نهائية ولم
تصادق عليها المحكمة فلا يمكن القول بسقوط حق الشريك في استرداد حصة باعها شريك آخر حتى
ولو قبل هذا البيع ضمناً : مرجع القضاء ص ٨٠٠ ن ٣٢٥٢
(٥) مخطط الكلية ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٩ المحاماة ، ١ ص ٣٧ عدد ٧ . ومن التنازل الضمني
ما يصدر من الشريك بما يدل على اعترافه بالمشتري شريكاً معه أو رضاه بالبيع الحاصل الاجنبي
٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ ، ١٢ ، ١٧٥

وشأنه مع زملائه شأن المشتري مع البائع ، فلا يجوز للبائع الاحتجاج على المشتري ، ولا للمشتري الاحتجاج على البائع ، بعدم تسجيل العقد ، أى لا يجوز لكل منهما الحق في الافلات مما تقررت بذمته من الالتزامات المختلفة المترتبة على البيع ، باعتباره عقداً منشأً لحقوق وواجبات . وكذلك الحال في القسمة ، اذ يترتب عليها ضرورة احترام كل شريك لحقوق الآخرين حتى مع عدم تسجيل العقد

ولا يملك المشتري الافتيات على حق المالك الاصلى على الشيوع في تمتعه بحق الاسترداد تمتعاً كاملاً لا يحدده حد . فلا يجوز للمشتري انذار المالك الاصلى أو الملاك الاصليين بضرورة المطالبة بالاسترداد في الشيوع بعد مدة معينة والاسقط حق الاسترداد^(١)

ويجب على المالك الاصلى على الشيوع ان يرفع الدعوى بالاسترداد فيما اذا لم يرض المشتري قبول التنازل عن الحصة المبيعة . وله أيضاً الدخول خصماً ثالثاً في دعوى القسمة وازهار رغبته في أخذ الحصة المبيعة للمشتري ، بطريق الاسترداد^(٢) فاذا رضى المشتري تم الامر . واذا لم يرض وجب ايقاف دعوى القسمة حتى يسارع الى رفع الاسترداد بالطريق القانونى . فاذا سوف في رفعها وماتل وجب تعيين مدة له . فاذا مضت دون ان يحرك ساكناً سقط حقه واستمرت اجراءات القسمة في طريقها حتى تم القسمة

٤) احكام الاسترداد في الشيوع

٥٥٤ - يترتب على الاسترداد ما يأتى :

١ - يلزم المسترد بدفع ثمن الصفقة وهو الثمن المبين بالعقد . وللمسترد حق الطعن في هذا الثمن بالصورية . ويلاحظ هنا في اختصاص المحكمة ما قررناه في الشفعة ، في أنه يجب التعويل أولاً على المبلغ المقدد الاكبر غم الطعن في صورته . وعلى المسترد

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١٢ (٢) دى هلس ج ٤ ص ١٣٨ ن ١٤

اثبات الصورية. واذا عجز وجب الاخذ بالثمن المبين بالعقد

٢ - يلزم المسترد بدفع المصاريف الرسمية. والمراد بها مصاريف التسجيل وأجرة الوساطة (السمسرة) وغير ذلك. والمصاريف الضرورية أو المصاريف النافعة (المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني)^(١) ولكن كيف يلزم المسترد بدفع هذه المصاريف وكيف يتصور حصولها؟ المفروض طبقاً للمادة ٤٦٢ ان المشتري قد قام بالصرف على الحصة المبيعة صرفاً ضرورياً أو نافعاً. وبما أن ما اشتراه هو على الشيوع فلا بد حتماً أن يكون الصرف قد انصب على المال الشائع في مجموعه حتى ولو انحصر مثلاً في عقار من العقارات الشائعة. واذا أراد المشتري باعتباره مالكا على الشيوع محاسبة شركائه على ما صرفه ضرورة وتقسماً فانه يطالب بقيمة المصاريف الضرورية الممكن صرفها فعلاً، ويطلب بمبلغ ما زاد في قيمة المال الشائع بسبب المصاريف النافعة. والمفروض في ذلك أنه قام بالصرف الضروري والنافع بلا اذن خاص من الشركاء وعلى ذلك فهو يطالبهم اعتماداً على نظرية التفصولي^(٢) ويلزم وقتئذ كل شريك بقدر ما يتناسب مع حصته في الملك المشاع^(٣). وأما اذا قام بالصرف بنوعيه ضرورة وتقسماً بناء على رغبتهم فيكون وكلاً عنهم فيما صرف ويرجع عليهم باعتباره وكلاً. ويجب في الحالتين أن يخصم مما صرفه قيمة ما يخصه في المصاريف. وعند ما يسترد المسترد فقد يكون المشتري قد قام بتصفية حسابه مع الشركاء أم لم يقم. فاذا قام بها فلا يجوز أن يطالب المسترد الا بقدر نصيبه هو (أى نصيب المشتري) في المصاريف. أما اذا لم تنته ولا زالت ذمة الشركاء مشتتة بقيمة المصاريف بنسبة انصبتهم فانه يجب عليه أن يدفع

(١) يلاحظ أنه ورد بالنسخة العربية لقاعدة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني « المصاريف الضرورية أو النافعة » ووردت هذه العبارة بالنسخة الفرنسية باستبدال أو بواو العطف « . . . والنافعة » والعبارة العربية هي الاصح معنى بخلاف العبارة الفرنسية التي انتقدتها القضاء المختلط ورأى أنه لا يؤخذ بظاهرهما اذ تعتبر في ظاهرهما أنه لا بد من الجمع بين صفتي الضرورية والنافعة حتى يلزم بها المسترد. مع أنه في الحقيقة يكفي أن تكون ضرورة أو نافعة، ١٣ يونيو سنة ١٩٠١، ١٣ س ٣٧٣.

(٢) Gérant d'affaires (٣) انظر دي هلس ج ٤ س ٣٩، ١٤٠ ن ١٧.

للمشتري قيمة هذه المصاريف المستحقة لهذا الأخير قبل الشركاء الآخرين ويجل عمله في مطالبة زملائه بما دفعه عنهم ، ويدفع له أيضاً قيمة ما خصه (أى خص المشتري في المصاريف) (١)

٣ — الحكم الذى يصدر فى دعوى الاسترداد هو حكم بمثابة سند الملكية . وبما أن المسترد لا يلزم كما فى الشفعة بعرض الثمن عرضاً حقيقياً فيحسن فى هذه الحالة تعيين مدة للمسترد يدفع فيها المبلغ الملتزم به ، والا يسقط حقه (٢)

٤ — ليس من شأن الاسترداد أن ينفسخ عقد البيع الصادر من الشريك البائع للأجنبي المشتري . وكل ما يترتب عليه فقط هو أن يحمل المسترد محل المشتري ، ويعتبر كأنه قد اشترى الحصة من البائع مباشرة . أى ان الذى حصل فى العقد

(١) فإذا فرض أن هناك ثلاثة شركاء زيد وبكر وعمر بأصبة متساوية وباع أحدهم زيد نصيبه وهو الثلث لحالده الأجنبي عنهم بمبلغ ٥٠ جنيه . وصرف خالد على المال الشائع ٣٠ جنيه بصصفة مصاريف ضرورية أصبح كل من بكر وعمر ملزماً بدفع ١٠ جنيه الى خالد . لانه يجب ملاحظة ان خالد لا يطالبها الا بمبلغ ٢٠ جنيه لا بمبلغ ٣٠ جنيه ، أى لا يطالب الا بعد خصم ١٠ جنيه قيمة ما يتحمله من الصرف . فإذا جاء بكر واسترد الصصفة المبيعة من خالد وجب عليه ان يدفع لهذا الأخير ٥٠ جنيه ثمن الصصفة + ٢٠ جنيه قيمة ما يخص بكر وعمر من المصاريف + ١٠ جنيه قيمة ما خص خالد من المصاريف . أى جملة ما يدفعه بكر لحالده هو كل ما دفعه خالد من ثمن ومن صرف على المال المشفوع أى مبلغ ٨٠ جنيه . وبعد ذلك يقوم بكر بمطالبة الشريك الاصلى الباقي وهو عمر بمبلغ ١٠ جنيه فقط لانه يجب على خالد ان يتحمل بنصيبه هو الاصلى فى المصاريف ثم بنصيب من حل عله وهو خالد ، أى يتحمل بمبلغ ٢٠ جنيه من المصاريف باعتباره أصبح مالكا للشئتين ، — ويظهر ان الشارع أراد من تكليف المسترد retrayant يدفع المصاريف جميعا الى المشتري retrayé ان يفسح مجال التنظي لهذا الأخير بطريقة نهائية حتى لا تبقى له صلة بشأن هذه الصصفة على أشخاص قد انقطعت به معهم رابطة الاتصال . وما دام ان المسترد هو الباقي منهم فى التبع فسا عليه الا ان يرجع مع زملائه بانصبتهم فى المصاريف فيها اذا لم يسبق لهم ان دفعوا للمشتري — راجع دى هلس ج ص ٤١٤٢ ن ٢٥

(٢) وهذا هو ماقرره القضاء المصرى بشأن الشفعة عند ما أخذ بدم ضرورة العرض الخفيق : حكم الدوائر المجتمة الاهلية فى ٢٩ مارس سنة ٩٢٣ م ، ١ ، ٢٤ ، ص ٤١ عدد ٢٦٥ . وهو ماقرره القضاء الفرنسى بشأن الاسترداد الوراثى المقرر بالمادة ٨٤١ فرنسى ، تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ طبعة سنة ٩٠٥ ص ١٩١ ن ٩٥٦ ، وقرره القضاء المصرى فى الاسترداد : مرجع القضاء ص ٨٠٠ ن ٣٢٥٤

انما هو تغيير شخص المشتري بآخر. وأما شروط العقد الاصلى فهي باقية على حالها^(١) ويترتب على ذلك اذا كان قد اشترط بعقد البيع دفع الثمن على أقساط جاز للمسترد الانتفاع بهذا التقسيط. وهذا على خلاف ما رأيناه في الشفعة (المادة ١٣ شفعة) لان قانون الشفعة نص على ذلك بنص صريح من طريق الاستثناء لقاعدة الحلول^(٢)

وإذا تراضى المشتري مع المسترد على الاسترداد، أو صدر حكم بصحة الاسترداد فهل ينحزع العقد أو الحكم لشرط العلانية المقررة بقانون التسجيل الجديد أم لا ينحزع؟ نرى انه وإن لم يترتب على الاسترداد فسخ لعقد البيع الصادر من الشريك البائع للاجنبي المشتري، وانه حصل مجرد حلول للمسترد محل المشتري، نرى أن هناك محلا مع ذلك للعلانية من طريق التأشير بمحصول الاسترداد عقداً أو حكماً، بهامش تسجيل عقد البيع ان كان مسجلاً. وإن لم يكن مسجلاً فلا بد من تسجيله ثم عمل التأشير بهامش التسجيل. ولعل الغرض هنا من العلانية أن يعلم من يتعامل مع المسترد، ان هذا الأخير قد أصبح مالكا. وأن يعلم من يتعامل مع الشريك البائع أنه غير مالك. وأما من يتعامل مع المشتري فانه يجب أن يعرف من بداءة الامر أن تعامله معلق على شرط عدم الاسترداد، حتى القسمة من الشريك الاصلى، دون الحاجة الى أن يعلن الشريك المسترد عن حقه بطريق التسجيل سواء تسجيل عريضة دعوى الاسترداد أو غيرها، لان حق الاسترداد مقرر بقوة القانون بالمادة ٤٦٢ كما ذكرنا

٦ - ان الحكم الاسترداد أثار رجعيًا على المباحى. بمعنى أنه ما دام قد أصبح المسترد مشتريًا من البائع نفسه الامر الذى ترتب عليه زوال شخص المشتري من عقد البيع وحلول المسترد محل المشتري في حقوقه وواجباته^(٣)، فيصبح المسترد وكأنه قد تعاقد مباشرة مع البائع. ويترتب على ذلك ان ضمان الصفقة لا يلتزم به

(٢) مرجع القضاء ص ١٨٠ و ٢٢٥٦

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٤٢ ن ٢٦

(٣) تطبيقات دالوز ص ١٩٣ ن ٣٣١

المشتري قبل المسترد، انما يلتزم به البائع بالذات^(١)

ومن شأن الاثر الرجعي للاسترداد أن تسقط جميع الحقوق التي تقررت على الحصة المباعة بسبب المشتري^(٢) نعم ولو أن في ذلك ضرراً ظاهراً بالنسبة لمن تقررت لهم حقوق على الحصة المباعة ، الا أنه كان يجب عليهم ان يلموا بما يحيط تعاملهم مع المشتري من خطر احتمال استرداد الحصة بمعرفة الشركاء الاصليين وان هذا الاسترداد قائم حتى تحصل القسمة النهائية . ولذلك كانوا يمتنعون عن التعامل معهم . ولقد سبق للشارع المصري أن قرر قاعدة الاثر الرجعي في حالة الاسترداد في البيع الوفاؤي . فانه اذا استرد البائع عقاره فهو يسترده مطهراً من كل حق عيني تقرر عليه بسبب المشتري . وكان يجب على من يتعامل مع المشتري أن يفهم من نفس عقد البيع الوفاؤي مبلغ الخطر الذي يحدق به من جراء الاسترداد المحتمل . وكذلك الحال بشأن الاسترداد في الشيوع . والفرق بين هذا الاسترداد والاسترداد في بيع الوفاء أن العلم يحصله الغير في الاسترداد من عقد بيع الوفاء . وأما في الاسترداد في الشيوع فإن العلم يحصله من القانون ، باعتبار ان كل شخص مفروض فيه أنه يفهم القانون ولا يجهله (المادة ٢ من لأئحة انشاء المحاكم الاهلية)

٥) تعارض الاسترداد في الشيوع

مع حق الشفعة

٥٥٥ — وضعت المادة ٨٤١ فرنسي وقررت الاسترداد الوراثي فقط دون

غيره خوف افشاء أمرار الورثة من تدخل الاجنبي بينهم . وجاء المشرع المصري

(١) دى هلس ج ٤ ص ١٤٤٣ ن ٢٨

(٢) تعليقات دالوز على المادة ٨٤١ طبعة سنة ١٠٥ ص ١٩٣ ن ٣٣٨ . — بلانول ج

٣ ن ٢٤٦١ . — دى هلس ج ٤ ص ١٤٤٣ ن ٢٩ . — على ان هناك رأياً يقول بأن آثار

الاسترداد هي نفس آثار الحلول ، وان للاسترداد أثر أرجحاً فيما بين المسترد retrayant وخلفاء

ayants cause المسترد منه relayés أى المشتري . أما بالنسبة للاسترداد بين المسترد

والمسترد منه فانه يعتبر يماً حقيقياً : بودرى المطول مع فاهل ج ٢ ن ٣٤٥٩ — ٣٤٦٠ ،

تليقات دالوز ن ٣٢٢

المختلط ووضع المادة ٥٦١ مدني وأجاز بها الاسترداد في الشيوع بوجه عام مهما كانت أسبابه سواء كانت الشركة أو الارث أو الوصية أو البيع الى ما الى ذلك ، ولم يقصر الاسترداد على الاسترداد الوراثي كما فعل القانون الفرنسي

والمفهوم من ذلك أن الشارع المختلط انما أراد نقل المادة ٨٤١ فرنسي بعد أن وسع من مجال الاخذ بها ^(١) . وعلى ذلك يعتبر الاسترداد الوارد بهذه المادة ٥٦١ مدني هو نفس الاسترداد الفرنسي الوارد بالمادة ٨٤١ على التوسع

ومع تقرير الشارع المختلط لنظرية الاسترداد في الشيوع فانه قرر قبل ذلك أيضا الشفعة وبين أحكامها بالمواد ٩٣ - ١٠١ التي أُلغيت بقانون ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ . وهو لاشك في تقريره لاحكام الشفعة انما رجع الى بعض الاحكام المعروفة عند أهل الفقه الاسلامي في الشفعة ، انما أصبحت الشفعة ، مع أن مصدرها من الشريعة الاسلامية ، حقا مدنيا محكوما بالقواعد المدنية المستفادة من القوانين المسنونة ومن علم القانون بوجه عام

واذا كان الشارع المختلط قرر الشفعة بالمواد ٩٣ - ١٠١ ثم قرر الاسترداد بعد ذلك ، فهو يريد حتما تقرير حق الشفعة والاسترداد . ويستحيل القول بأن الاسترداد قد زال بتقرير الشفعة لاندماجه فيه . اذ الاسترداد مقرر لحالة خاصة عند وجود الشيوع فقط . وأما الشفعة فأحوالها كثيرة وقيودها عديدة . وعلى ذلك يمكن القول بأن أخذ الحصة الشائعة المباعة جائز بواحد من طريقتين . اما من طريق الشفعة . وفي هذه الحالة يخضع الحق لأحكام الشفعة . واما من

(١) وهناك من يقول بأن المادة المصرية لم تكن مأخوذة عن المائدة الفرنسية . وهو يرجع إن الاسترداد المصري يحكي الاسترداد الذي شرحه بوتيه بالجزء الثالث ص ٢٥٩ طبعة باريس سنة ١٨٦١ ، وذلك باعتبار أن الاسترداد بفرنسا مقصور على حالة الميراث فقط ، وإن الشارع المصري لم يصل في تشريعه فيما يتعلق بالمواريث على الرجوع الى النصوص الفرنسية ، بل رجع فيها الى أحكام الشريعة الاسلامية . ولأن الاسترداد المصري ، وهو عام في حالة الشيوع مهما كان نوع هذا الشبه ، لم يكن هو الاسترداد الفرنسي المقرر بالمادة ٨٤١ بل هو نفس الاسترداد الذي شرحه بوتيه : م ٢ ص ٢٠١ - ٢٠٣

طريق الاسترداد . وفي هذه الحالة يطلق المسترد من قبود الشفعة . ويفضل المسترد أن يعمل بالاسترداد بدلاً من الشفعة

ومما يؤيد القول في أن الشارع المختلط أراد حقيقة تقرير حق الاسترداد بجانب حق الشفعة ما قرره بالمادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ مدني مختلط . اذ ذكر بأولاهما ما يأتي : « ولكل واحد من الشركاء ^(١) الحق في الشفعة ^(٢) بقدر حصته الشائعة وله أيضاً الحق في الشفعة بالنسبة للكل في حالة عدم الرغبة من الباقين » . وقرر بشأنتهما ما يأتي : « تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك في الملك ^(٣) الذي له مشاركة المدعى ^(٤) بقدر حصته في الملك المشترك ^(٥) ومن هذين النصين يستفاد أن الشارع المختلط اعترف بوجود الحقين معاً أي أنه لم يجعل الاسترداد حقاً مندرجاً في الشفعة . وعلى ذلك يجوز لصاحب الحق الاستعانة بالشفعة أو بالاسترداد كما قلنا . وإذا سقط حقه في الأخذ بالشفعة جاز له الالتجاء الى الاسترداد . وليس من شأن الفشل في الواحد أن يعطل الأخذ بالآخر ^(٦)

ويرى النص الأول الى القول بأن الشريك حق الشفعة كما له حق الاسترداد وله نصيب في الحصة المستردة بقدر نصيبه في المال المشاع . وإذا لم يشفع زملاؤه . فله حق الشفعة في الكل

ويرى النص الثاني الى القول بأن الشفعة جائزة ضد الشريك الذي اشترى .

(١) Communistes (٢) Préemption (٣) Copropriétaire (٤) Retention Qui toutefois a un droit de retention

الواردة بالنص الفرنسي لم يحسن وضعها ، دي هلس ج ٤ ص ١٣٩ ن ١٧ لأنها تليد حق الحبس . ومعنى حق الحبس الحق الذي يتقرر لجأئ على الشيء محل المسألة حق يتقاضى حقه الذي صرفه عليه . وليس ذلك غرض الشارع هنا . بل غرضه أن يقول بأن للشريك المشفوع منه هو أيضاً حق في الشفعة كما ترميه المطالبة بها . أي ان له حق الاحتفاظ بالتدور في المبيع بما يناسب نصيبه في المال المشاع

(٥) Propriété commune

(٦) دي هلس ج ٤ ص ١٣٧ ن ١٠ ، وص ١٣٩ ن ١٦

انما لهذا المشتري في هذه الحالة أن يحتفظ في الصفقة المبيعة بالقدر المناسب لحصته في المال المشاع ما دام أن له الحق أيضاً في الشفعة كما ترميله المطالب بها ولما رغب الشارع المختلط في تعديل مواد الشفعة أصدر قانونه في ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ والتي به المواد ٩٣ - ١٠١ والمادة ٧١٩ مرافعات ولم يمس المواد ٥٦١ الخاصة بالاسترداد، والمادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ التي قررتا حق الشفعة بجانب حق الاسترداد. وبذا يمكن القول بأن الشارع المختلط مصر على تقرير الحقين بجانب بعضهما البعض، أي حق الشفعة مع حق الاسترداد

هذا هو شأن الشارع المختلط. وأما الشارع الاهلي فقد وضع المواد ٦٨ - ٧٥ مدني بما يطابق تقريباً المواد ٩٣ - ١٠١ مختلط. ثم وضع المادة ٤٦٢ مدني كالمادة ٥٦١ مختلط تماماً وقرر بها حق الاسترداد في الشيوع. ولكنه لم ينشأ أن يضع عقب المادة ٤٦٢ مدني أهلي مادتين أخريين يحكيان ما قرره الشارع المختلط بالمادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ مدني مختلط. ولعله أراد بذلك أن يتحاشى التكرار ما دام انه سبق أن قرر الشفعة بالمواد ٦٨ - ٧٥ مدني أهلي، باعتبار ان حق الشفعة مقرر

ووضع الشارع الاهلي أيضاً في ٢٣ مارس سنة ٩٠١، أي بعد مضي سنة على قانون الشفعة المختلط، قانون الشفعة بما يحكي تماماً القانون المختلط وقرر بالمادة ٢٣ الغاء المواد ٦٨ - ٧٥. ولم يشر في الالغاء الى مادة الاسترداد في الشيوع ٤٦٢ مدني أهلي

ويستفاد من ذلك كله أن الشارع الاهلي لم يجعل حق الاسترداد مندرجاً بحق الشفعة، ولم يُلغ حق الاسترداد سنة ٩٠١

وعلى ذلك يكون حق الاسترداد موجوداً بجانب حق الشفعة في التشريعين الاهلي والمختلط. ويعتبر كل منهما مستقلاً عن الآخر. وللشريك في الملك الخيار في استعمال أيهما أُنقِع له، ولا يترتب على سقوط الحق في أحدهما سقوط

الحق في الآخر (١)

وان كان حق الاسترداد في الشيوع يتشابه مع حق الشفعة الا أنه توجد فروق هامة بين الاثنين وهي :

١- ان حق الشفعة خاضع لاجراءات وقيود وأحكام خاصة ومعينة بالقانون.

بخلاف حق الاسترداد فهو محكوم بالقواعد العامة

٢- ان حق الشفعة لا يسرى الا على العقار . وأما حق الاسترداد فهو

يسرى على العقار والمنقول

٣- لا يرجع في تقرير أحكام الشفعة الى آراء فقهاء الشريعة الاسلامية بل

يرجع الى قانون الشفعة الخاص والى الاصول والقواعد التي قررتها القوانين

المدنية المسبونة والمستفادة من علم القانون بالذات . وفي حق الاسترداد يجب

الرجوع الى ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيان ، باعتبار أن المادة ٤٦٢ /

٥٦١ مدني عن المادة ٨٤١ فرنسي

ولقد ترتب على وجود الحقين معاً وجواز الاستعانة بالشفعة دون الاسترداد،

وفي حال سقوط الشفعة يجوز الاخذ بالاسترداد، ان ذهب القضاء مذاهب

مختلفة في تفسير المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني القائلة بالاسترداد وهو يحاول بذلك رفع

(١) استئناف ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ الحاماة ، ٢ من ١٠ عدد ٦ . وأما القول بأن حق

الاسترداد أصبح منسوخاً بقانون الشفعة فهو قول غير صحيح . وهناك قضاء قال بالنسخ ولكن

لم يول عليه بعد ظهوره ، وهو : استئناف ٣١ مارس سنة ١٩٠٦ م ر ٨ ، ١ من ٢٦ عدد

١٣ ، ح ٢٢ من ٥٧ ، الحكم ١٨ من ٢٨٣١ — ٧ يونيو سنة ١٩٠٤ ج ١٩ من ١٧٤ ،

الاستقلال ٣ من ٢٢٦ عدد ٣٢٢ — مجموعة جمال ج ١ من ٤٥٧ و ١٢٧٩ و ١٢٨٠ .

وحجة هذا الرأي انه لا معنى في أن يضرب في قانون الشفعة الجديد ميعاد ستة أشهر لسقوط الحق

في الشفعة في سائر الاحوال بما فيها حالة الشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع من يوم

تسجيل عقد البيع وتكون المادة ٤٦٢ تطلى هذا الحق ولا يسقط الى ما لانهاية

ملاحظة : ان حكم ٧ يونيو سنة ١٩٠٤ المتقدم ذكره قد ورد ملخصه خطأ بالمجموعة الرسمية

المجلد ٦ من ٣٣ عدد ١٦ . اذ ورد بالتلخيص بان الاسترداد لا يكون الا بالمنقول . وأما الشفعة

فهي في حالة العقار . وهذا غير صحيح . اذ الحكم قرر بأن الاسترداد اصبح ملتي بقانون الشفعة

وقد ورد هذا التلخيص غير الصحيح بمرجع القضاء أيضاً من ٧٩٦ و ٣٢٣٣ تطبيقاً على المادة ٤٦٢

شبهة التناقض فيما يمكن أن يتفق فيه الحقان معاً، ويرمى بذلك الى تحديد منطقة الاخذ بالمادة ٤٦٢ المذكورة بما لا يتعارض مع حق الشفعة. وهانحن أولاء نمرض هذه الآراء المختلفة ونبين ما نراه الاصلح في الاخذ به

■

(٦) في مقارنة الاسترداد في الشيوخ بالشفعة

٥٥٦ - ذهب القضاء المصري مذاهب مختلفة في تفسير المادة ٤٦٢/٥٦١ مدني بجانب قانون الشفعة، أو بعبارة أخرى، في تحديد منطقة العمل بحق الاسترداد بجانب حق الشفعة. أما مذاهبه فهي :

الرأي الاول : - يقول هذا الرأي بأن المادة ٤٦٢/٥٦١ ترمى الى حالة خاصة وهي ما اذا كان الشريك قد باع حصته كلاً أو بعضاً شائعة في المال المشاع كله. وأما اذا كان البيع حاصلًا في نصيب الشريك في عقار معين أو عقارات معينة دون أن يتناول البيع الحصة كلها أو بعضها في المال الشائع جميعه، فلا تنطبق المادة ٤٦٢ المذكورة بل يجب الاخذ بأحكام الشفعة في هذه الحالة. ويستند هذا الرأي الى ما يأتي :

١ - ان الشارع لو كان يريد من وضع هذه المادة أن تشمل أيضاً حالة بيع الحصة شيوخاً في عقار معين لما كانت هناك فائدة من ذلك، وفي هذه الحالة تدخل تحت نص المادة ٦٩ مدني وهي المادة القديمة المlfاة

٢ - ان المادة ٤٦٢ مأخوذة عن المادة ٨٤١ فرنسي فيجب أن تتمشى عليها أحكامها هناك. وان علماء الفقه الفرنسي اتفقوا على أنه الاسترداد في هذه الحالة أي في حالة بيع الحصة شائعة في عقار معين^(١)

٣ - ان المادة ٤٦٢ تتعارض مع المادة ٧٢ مدني (الملفأة) التي قررت سقوط

(١) استئناف ٢ مايو سنة ٩٠٤ م ر ١ ، ٣ ص ٤٤ عدد ١٥٥ وعلى الاخص ص ٧
الامور الاول

حق الشريك ان أنى أمراً يدل على رضاه بمحصول البيع الحاصل للمشتري^(١) وأن القول بانطباق المادة ٤٦٢ على حالة البيع الحاصل فى عقار معين يقتضى حتماً القول بالتناسخ أو التناقض أو الاشتراك بين هذه المادة ومواد الشفعة ، لأن حق الشريك فى الشفعة فى العقار المبيع محوط بقيود وضوابط خلص منها حق الاسترداد . فاذا اشترك فى مدلول وجب أن يعتبر الحق المطلق منسوخاً بالحق المقيد ، أو أن يعتبر الشارع متناقضاً فى أحكامه ، وأنه وضع للشفعة فى باب حكماً وفى باب آخر حكماً آخر أوسع منه ، فن لا يتيسر الانتفاع بالاول جاز له أن يطلب الانتفاع بالآخر . وهذا عبث يتنزه الشارع عنه عادة^(٢)

٤ — العلة فى الاسترداد متعينة فى حالة بيع الحصة الشائعة فى عقار معين إذ لا خوف من الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة برمتها لأن اطلاع المشتري يكون وقتئذ مقصوراً على ما يتعلق بالعقار المبيع فقط دون غيره^(٣)

الرأى الثانى : ان حق الاسترداد المقرر بالمادة ٤٦٢ مدنى وحق الشفعة المقرر بقانونى سنة ٩٠٠ مختلط وسنة ٩٠١ أهلى حقان مختلفان من حيث موضوعهما وطريقة تطبيقهما . ولا يقتصر الاسترداد على حالة بيع الحصة شائعة فى المال الشائع كله ، بل يتناول ايضاً بيع الحصة الشائعة فى عقار معين^(٤) ويستند هذا الرأى الى ما يأتى :

(١) استئناف ٢٦ يناير سنة ٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٨ ، تعليقات جلال على المادة ٤٦٢ مدنى ص ٢٠٩ ن ٤ (٢) طنطا الكلية فى ١٣ مارس سنة ٩٢٠ الحامدة ، ١ ص ٤١ عدد ٨ وعلى الاخص ص ٤٣ المأمود الثانى (٣) حكم طنطا ١٣ مارس سنة ٩٢٠ المذكور — وقد تأيد هذا الرأى ايضاً بأحكام عدة : ١٠ يوليو سنة ٩٠٦ ح ٢١ ص ٣١٠ ، مرجع القضاء ص ٧٩٦ ن ٣٢٣٥ الفتن الجزئية ٣١ ديسمبر سنة ٩١٦ م ١٨٠١ ص ١٧٠ عدد ٩٦ مرجع القضاء ص ٧٩٧ ن ٣٢٣٨ ١٢ مايو سنة ٩١٧ م ١٩٠١ ص ٨ عدد ٩ مرجع القضاء ص ٧٩٧ ن ٣٢٣٩ ، طنطا الكلية ١٥ ديسمبر سنة ٩١٩ الحامدة ، ١ ص ٣٧ عدد ٧، مرجع القضاء ص ٧٩٧ ن ٣٢٤١ ، استئناف ١٣ مايو سنة ٩٢٠ الحامدة ، ١ ص ١٣١ عدد ١٩ ، مرجع القضاء ص ٧٩٨ ن ٣٢٤٤ (٤) مرجع القضاء ص ٧٩٦ ن ٣٢٢٧ (استئناف) ، و ص ٧٩٧ ن ٣٢٤٠ (كلى) ، ن ٣٢٤٢ (استئناف) و ص ٧٩٨ ن ٣٢٤٣ (كلى) و ٣٢٤٥ (استئناف) و ٣٢٤٦ (استئناف) — ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ ، ١٤٠١٤ ، ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ ، ١٥٢

١ - ان الاسترداد مأخوذ من القانون الفرنسي، وأما الشفعة فن الشريعة الإسلامية

٢ - ان قانوني الشفعة لم يلغيا مادتي ٤٦٢ أهلي و٥٦١ مختلط^(١)

٣ - لا تتعارض أصول التشريع مع تقرير حق واحد له طريقتان في سبيل الحصول عليه، ولكل طريقة أحكام واجراءات خاصة. ولاعل للقول بأن الشفعة ألغت الاسترداد، لان اعمال النص أولى من امله^(٢) وهذا هو الرأي الذي تقره

رأى الدوائر المجتمعة الاهلية : ولما اشتد الخلاف عرضت النظرية على الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الاهلية فأصدرت حكمها في ٣٠ نوفمبر سنة ٩٢٢^(٣) وقررت قاعدتين رجعت في تقريرهما الى المسوغ التشريعي للاسترداد. فبعد أن قالت بأن الشفعة مأخوذة عن الشريعة الإسلامية، وأن الاسترداد مأخوذ عن القانون الفرنسي قررت أنه ما دامت العلة التشريعية للاسترداد «منع الاجنبي من التدخل في الامرات والشركات والتنقيب على أسرارها تكون النتيجة أنه اذا كان المبيع حصاة شائعة في عين معينة من التركة أو الشركة يسهل تسليمها الى المشتري دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ومن غير أن يشترك في قسمة جميع ممتلكاتها فلا يجوز استرداد هذه الحصاة منه استناداً على الحق الخول في المادة ٤٦٢ من القانون المدني بل من طريق أحكام الشفعة فقط اذا كانت شروطها متوفرة. وبالعكس اذا استدعى تسليمهم تلك الحصاة شيئاً مما تقدم يحق لاحد الورثة أو أحد الشركاء الاصليين استرداد الحصاة المباعة من أحدهم للغير ولو أنها شائعة في عين معينة محدودة، الا اذا كان طالب الاسترداد تنازل عن حقه صراحة أو ضمناً باجرائه عملاً يؤخذ منه التنازل أو الرضا بالبيع « اهـ

(١) ٧ نوفمبر سنة ٩١٣ ش، ١ ص ٦٧ عدد ١٢٩ (٢) طنطا الكلية ٢٢ أكتوبر سنة ٩١٨ ح ٣٥ ص ٢٩، ١ ص ٢٠، ٩٥ عدد ٧٦ (٣) م ١ ر ٢٣ ص ١٧٠ عدد ١١١، المحلة، ٣ ص ٧١ عدد ٤٠

وأما في تعيين مرمى المادة ٤٦٢ فقد قررت الدوائر المجتمعة بأن المادة المذكورة وضعت في الحقيقة لحالة خاصة في باب القسمة ولا علاقة لها بالشفعة التي خصص بها القانون باباً فصل فيه أحكامها المأخوذة عن الشريعة الإسلامية ، بخلاف الحق المنوّه عنه في المادة ٤٦٢ المذكورة فإنه مأخوذ من المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى التي وضعت لحالة خاصة وهي حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في تركة أو جزء من الحصة شائعاً كالثلث أو الربع مثلاً بحيث أن يدخل في الحصة ما يخصها في جميع مشتملات التركة من عقار ومنقول وما لها وما عليها من الديون والحقوق فيحق في تلك الحالة لباقي الورثة أو أحدهم حين القسمة أن يستردوا الحصة المبيعة بدفع ثمنها الى المشتري وهو ما يسمونه حق الاسترداد الوراثى، والغرض منه منع الأجنبي من التداخل في المائلات والاطلاع على أسرارها ، اهـ

ومن هذين السببين الكبيرين اللذين اقتطفناهما من أسباب حكم الدوائر المجتمعة نرى ان دائرة الدوائر قررت ما يأتى :

أولاً — لا يجوز قصر المادة ٤٦٢ على حالة بيع الحصة الشائعة في عقار معين، بل يجوز الاسترداد في هذه الحالة كما في حالة بيع الحصة شائعة في المال الشائع كله ثانياً — ما دام المسوغ للاسترداد خوف افشاء أسرار الشيوع فلا يجوز الاسترداد في حالة بيع الحصة شائعة في عين معينة الا اذا خيف من افشاء أسرار الشيوع . أما اذا لم يخش افشاء فإنه لا محل للاسترداد

ونستنتج من هاتين القاعدتين ما يأتى :

١ — ان دائرة الدوائر خالفت المذهب الأول الذى قصر المادة ٤٦٢ على حالة خاصة وهي حالة بيع الحصة شائعة في عقار معين . وأجازت الأخذ بالاسترداد في هذه الحالة ، كما في حالة بيع الحصة الشائعة في المال الشائع كله

٢ — ان دائرة الدوائر في اقرارها للمذهب الثانى الذى لا يقضى بالترقية بين البيع في المال الشائع كله أو في عين معينة منه، رأت الحاجة الى التفرقة بين ما اذا كان البيع في عين معينة من المال الشائع قد يقضى فيه تسليم العقار الى افشاء

أسرار الشيوخ أم لا . فاذا خيف الافشاء جاز الاسترداد . وان لم يخف قد يجوز الاسترداد

ونرى ان دائرة الدوائر قد قضت بهذه التفرقة على القاعدة الاولى القائلة بعدم قصر المادة ٤٦٢ على حالة دون أخرى . وانا لا نستطيع تأييدها فيما ذهبت اليه للأسباب الآتية :

(١) ان حكم دائرة الدوائر في حالة البيع الشائع في عين معينة مع احتمال افشاء أسرار الشيوخ وعدم احتماله ، أمر مخالف للقاعدة القائلة بأن ضرر الافشاء قرينة قانونية قاطعة لا يجوز اثبات عكسها ، وحكم هذه القرينة في الاسترداد حكمها سواء بسواء في الشفعة . فاذا بيعت الحصة الشائعة للمشتري جاز للشريك في الحال حق المطالبة بالاسترداد دون أن يلزم بأقامة الدليل على احتمال حصول ضرر من الصفقة الخاضرة ، كما انه لا يقبل من المشتري اقامة الدليل على عدم حصول ضرر ما بل الضرر مفروض حصوله ومقطوع به بالقانون . وكل ما يملكه المسترد انما هو اقامة الدليل على شروط الاسترداد وهي التي بينهاها

(٢) ان في قرار دائرة الدوائر فتحاً لباب الابخذ والجدل في الدعوى فلا يعرف لها مقياس تقاس به في وزن الضرر ومبلغ جسامته في الدعوى . ومن شأن ترك التقدير حراً بلا قيد أن يترتب عليه اضطراب في تقرير الحقوق بما يذهب عنها اكبر خاصة لها وهي الظمنية وعدم الاضطراب

(٣) واذا كانت دائرة الدوائر قد أجازت التفرقة في حالة واحدة ، وهي حالة البيع الشائع في عقار معين ، ورجعت في التفرقة الى العلة التشريعية للاسترداد ، فقد أجازت بذلك ضمناً أيضاً جواز التفرقة بالرجوع الى العلة نفسها ، في حالة البيع الشائع في المال الشائع كله . اذ لا يوجد وجه تفضيل حالة على أخرى . لانه لا يمكن الجزم من بداءة الامر على ضرورة وقوع ضرر في حالة البيع الحاصل في المال الشائع كله . اذ قد يصح أن لا يترتب فعلاً وفي الواقع أي ضرر ما من وجود المشتري شريكاً على الشيوخ مع بقية الشركاء الاصليين . وما دام ان الدوائر

المجتمعة رأت أن العلة هي الضرر ووجب اثبات الضرر لجواز الاسترداد، فقد أصبح الضرر حينئذ علة للاسترداد وبذا تدور العلة مع المعلوم وجوداً وعدمًا. ولا يخفى ما في هذا القضاء من خطر الخطأ في تقدير الضرر وفي مخالفة قاعدة القرينة القانونية القاطعة التي قررتها المادة ٤٦٢

والذي نراه ان الاوفق أن يقال بضرورة تقرير قاعدة واحدة تلتزم والمبادئ القانونية العامة بحيث لا تتعارض معها فيذهب عنها مسحتها العلمية القانونية . ونرى في ذلك ضرورة القول بالاخذ بالرأى الثانى القائل بجواز الاسترداد فى الحالتين أى سواء كان البيع حاصلًا فى المال المشاع كله ، أو حاصلًا فى عين معينة من أعيان المال المشاع . ويجب اعتبار المادة ٤٦٢ مقررّة لقرينة قانونية قاطعة لا تقبل الدليل المكسب . وبذا تناسك المادة فى اجزائها وتنسجم أحكامها وتكون بعيدة عن اضطراب التقدير ومخاوفه

التعاقد والحقوق العينية

٥٥٧ - من القواعد التي قررتها الشرائع الحاضرة أن الحق العيني بوجه عام ينتقل بمجرد التراضي عليه أى بالمقود. وقد أخذ بهذه القاعدة القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ وأخذ عنه القانون المختلط سنة ١٨٧٥ وقررها أيضاً الشارع الاهلى سنة ١٨٨٣ . ولكن صدر قانون فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقى ١٨ و ١٩ قرر بأن الحق العيني العقارى بوجه عام لا ينتقل بمجرد الرضاء ، أى بالمقود، بل لا بد من التسجيل ، بحيث اذا لم يحصل التسجيل فلا يتقرر هذا الحق العيني العقارى ولا تنتقل الملكية لا بين الماقدين ولا بالنسبة للغير . وهى قاعدة هادمة للقاعدة المصرية التى تقررت عقب ترك القيود الرومانية المعروفة التى كان لها من الأثر بروما بقدر ما يتفق مع حالة اقتصادية معينة . الا أنه لما كان لصدور مثل هذا القانون رد فعل على المعاملات التى تشبعت بروح عصر تحرر

من القيود التشريعية الا فى النذر القليل ، رأى الشارع المصرى أن يعلن عن هذا القانون فى أول يوليو سنة ١٩٢٣ (١) وأن لا يأخذ فى تنفيذه على الافراد الا فى أول يناير سنة ١٩٢٤ . ولما كان مبدأ حرية التعاقد بلا قيد الا فيما ندر مبدأ تركزت عليه حقوق حجة مختلفة واطمان لها الناس فى معاملاتهم وفى استقرار حقوقهم ، وأخذوا به فى كل مظاهر المعاملات ، وكان من المستحيل حتما أن يهدم تشريع جديد حالات شرعية قديمة وقعت صحيحة ، قرر الشارع بالقانون الجديد بالمادة ١٤ بأنه «لايسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً ولا على الاحكام التى صدرت قبل تاريخ العمل به بل تظل خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لاحكام القوانين التى كانت سارية عليها » وبناء على ذلك تبقى القواعد القانونية المقررة بالقانون المدنى المصرى قائمة ومأخوذاً بها بشأن العقود والاحكام السابقة على أول يناير سنة ١٩٢٤ . أى أنه يفعل الآن بالتشريع الجديد فيما يقع من أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وبالتشريع القديم فيما سبق هذا التاريخ . وعلى ذلك لا يعتبر القانون الجديد ناسخاً للتقديم الا فى المستقبل أى من أول يناير سنة ١٩٢٤ ، لا فى الماضى أى قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . ومتى تقرر ذلك وجب حتماً الامام بالاصول القانونية المقررة قبل ذلك التاريخ باعتبارها سارية على معاملات كانت خاضعة لها من سنة ١٨٧٥ الى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ وهى معاملات عدة تشعبت فيها الحقوق وتوالت عليها الازمان وأصبح بعضها مكتسباً بالسبب الصحيح وحسن النية بمضى خمس سنوات ، لان العقد غير المسجل يصح أن يكون سبباً صحيحاً بخلاف القانون الجديد فان العقد غير المسجل لا يصح أن يكون سبباً صحيحاً . وتبين من ذلك كله انه لاجل الاحاطة بالاطوار التشريعية علماً وعملاً فى آن واحد يجب الامام بالتقديم والحديث ، لان المحاكم ستبقى آخذة بالتقديم فيما يتعلق بالتسجيل وأحكامه طبقاً لما كان معروفاً من قبل وبناء على هذا الاعتبار نقسم هنا هذا الموضوع الى قسمين كبيرين :

القسم الاول : أثر التراضى فى انتقال الحقوق العينية من سنة ١٨٧٦ الى آخر سنة ١٩٢٣ ، والقسم الثانى : أثر التراضى فى انتقال الحقوق العينية من يناير سنة ١٩٢٤

التراضى وانتقال الحقوق العينية

حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٣

٥٥٨ — ذكرت المادة ٦٦/٤٤ مدنى أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية ومن بينها العقود^(١) وقالت المادة ٧١١ فرنسى بأن الملكية تكتسب بالالتزام^(٢) أى الالتزام أو التعهد بالتسليم^(٣) وهو نتيجة من نتائج العقود كالبيع والهبة والبدل وسواء كان محل العقد نفس الملكية أو أى حق عيني آخر. فإذا قبل شخص تقرير حق ارتفاق على ملكه للغير فى مقابل مبلغ من النقود اعتبر ذلك بيعاً أيضاً. وإذا لم يكن هناك مبلغ من النقود اعتبر العقد هبة

ومن المسائل البديهية المقررة الآن بأنه بمجرد حصول الاتفاق بين شخصين على حق ينتقل هذا الحق فى الحال ، وهما كان هذا الحق ، من صاحبه الى العاقد الآخر . على أن هذه البديهية هى فى الحقيقة مضطربة ولا يؤيدها المنطق . وقد دل التاريخ على أنها لم تكن بهذه السهولة فى الأزمان السابقة اذ تطورت هى الاخرى تطوراً متأثراً باختلاف الأزمان حتى وصلت الى مرحلتها الاخيرة فى الاوقات الحاضرة وحتى أصبحت فيه بديهية من البديهيات

فلما انها مضطربة ولا تتفق مع المنطق ، لانه من الاضطراب والتناقض أن يكون الحق فى ذاته حقاً مطلقاً، كحق الملكية أو الحق العيني، وأن يكون حجة على الكافة^(٤) ثم يعتبر هذا الحق نتيجة من نتائج عمل قانونى نسبي بحت^(٥) كالعقد^(٦) أى عمل لا يجوز أن تعدى آثاره دائرة العاقدين (المادة ١٦٥ فرنسى وحكمها عام

(١) Obligation (٢) Obligation (٣) Par l'effet des conventions (٤) Dare أى de donner (٥) Acte relatif (٦) Contrat

وتقرب منها المواد ١٤١/٢٠٢ و ١٤٢/٢٠٣ مدنى^(١) وأنا نبين الآن هنا المصاعب والمجهودات التشريعية التى كانت نتيجة لهذا التناقض والاضطراب

أما من الوجهة التاريخية فإن النظرية الحاضرة القائلة بانتقال الحق الميضى بوجه عام لمجرد حصول التراضى عليه دون أى قيد شكلى ما، فإنها تتعارض كل التعارض مع الاصول المقررة فى القانون الرومانى . والقاعدة الحاضرة مستفادة من المادة ٤٥/٦٧ مدنى و ١١٣٨ فرنسى وهى التى تقول « تنتقل الملكية فى الاموال منقولة كانت أو ثابتة بمجرد حصول العقد المتضمن التملك متى كان المال ملكا للمسلك » وتأيدت هذه المادة بالمواد ٩١ و ١١٨ مدنى الواردة بالقسم العام من القانون المدنى، وبالمواد ٢٦٦ - ٢٦٨ مدنى الواردة بالقسم الخاص بالبيع^(٢) وكان الرومان يقولون بمكس هذه القاعدة اذ يقولون بأن الحق لا ينتقل بمجرد التراضى البسيط والتعاقد عليه^(٣) لان العقد عند الرومان لا ينقل الملكية انما تتموله عنه جملة التزامات كما قال بذلك المشرع بولس الرومانى وكما تقول به الآن المادة الاولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣^(٤) واذا كان الالتزام هذا الناقض عن التعاقد والتراضى خاصاً بنقل الملكية فان الملكية لا تنتقل الابعملية أخرى تحصل مع التراضى والتعاقد المنفى للالتزام، أو تحصل فيما بعد، بأحدى الطرق المقررة عندهم وهى البيع العلنى^(٥) للاشياء النفيسة^(٦) والبيع بواسطة المناولة من يد ليد^(٧) للاشياء غير النفيسة^(٨) والبيع أمام القاضى^(٩) للنوعين النفيس وغير النفيس

وبعبارة أخرى كان لا يحصل نقل الملكية عند الرومان الابعملية لا تكمل الا فى وقتين مختلفين . وأما فى الأوقات الحاضرة (وزيد بالوقت الحاضر الوقت السابق على أول يناير سنة ١٩٢٤، والوقت اللاحق لهذا التاريخ فيما يتعلق بالمنقولات

(١) كبايت ج ١ ص ٩٣٥ (٢) الالتزامات من ٢٠٢ ن ٢١٤ وما بعدها فى نظرية الهلاك

(٣) Non nudis pactis dominia rerum transferuntur

(٤) الالتزامات من ٦٦ وما بعدها و ٨٤ ن ٨٧ وما بعدها Mancipatio (٥)

Res dneca mncipi (٨) Tradition (٧) Res mncipi (٦)

In jure cessione (٩)

فقط لأن قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ لا يسرى الاعلى المقارات والحقوق العينية العقارية كما لا يخفى (فان نقل الملكية لا يحصل الا مرة واحدة أو بالعقد نفسه . وتنقل الملكية الآن حتى ولو لم يحصل تسليم (المادة ٩١ / ١٤٥ مدني و ١١٣٨ فرنسي وأيضاً ما يستفاد من المادة ١١٨ / ١٧٥ مدني) وذلك في القانون المصري والفرنسي . على أن القانون المصري قد جعل الهلاك على البائع قبل التسليم . (المادة ٢٩٧ / ٣٧١ مدني و ٢٩٨ / ٣٧٢ مدني) ^(١) أي ان البيع والهبة والبذل كانت عند الرومان سندات تملك ^(٢) أما في الوقت الحاضر فانها تجمع بين الاثنين سندات تملك ووسائل تملك ^(٣)

(١) في تاريخ تقرير القاعدة المصرية

في أن الملكية تنتقل بالعقد

٥٥٩ - ان الانتقال من الدور الروماني الى الدور الحاضر لم يحصل طفرة بل سار هو الآخر في أدوار التغير والتبدل التاريخي، وكان نفس مشترعي الرومان يقولون بضرورة تعديل المبدأ الروماني ولقد احتالوا بمجمل طرق مختلفة على جعل انتقال الملكية الحاصل من طريق المناولة باليد انتقالاً صورياً حتى يسهل التعامل بين الافراد بوسيلة المناولة اليدوية التي كانت أكثر شيوعاً عن الوسائل الاخرى

أما هذه الطرق المختلفة التي احتالوا بها على جعل المناولة اليدوية صورية فهي :

(١) المناولة باليد الوهمية : ^(٤) فإذا كان هناك مؤجر ومستأجر ، أو مقرض ومقرض ، وأراد المؤجر أو المقرض أن يبيع للمستأجر أو للمقرض ، فيفرض أن المستأجر والمقرض قد أصبح كل منهما واضحاً يده على الشيء بصفته مالكا

(١) الالتزامات من ٢٠٦ ن ٢١٦ وما بعدها (٢) Titres d'acquisition

(٣) Modes d'acquisition كابتان من ٩٣٦

(٤) Tradition de brève main

الشيء . وكان يكفي أن يقر المؤجر أو المقرض بإسقاط حقه في الملكية ، وفي هذه الحالة تنتقل الملكية في الحال انتقالا لا حاجة فيه للمناولة اليدوية ، بل يحصل الانتقال بمجرد حصول تغيير في نية الحائز ^(١) ، اذ تزول عن هذا الحائز ^(٢) نية وضع اليد على سبيل الحيازة ويصبح في الحال واضع يد باعتباره مالكا

(٢) في بقاء اليد ^(٣) : فاذا كان هناك مستأجر لعقار وأراد شراء العقار من المالك ثم رد العقار لهذا الأخير ليحوزه بصفته مستأجراً له ، فكان من اللازم أخذاً بالقواعد الرومانية البحت أن تحصل المناولة اليدوية مرتين . مرة من المالك للمشتري حتى يحوزه هذا الأخير بصفته مالكا له . ثم مرة من المشتري بصفته مالكا الى البائع بصفته مستأجراً . ولقد حان الوقت الذي قال فيه مشرع الرومان بأن من شأن هذه المضاعفة في المناولة اليدوية أن يتولد عنها ارتباك في المعاملات لا فائدة تعود من ورائها وأنه يكفي في هذه الاحوال أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين وهو الاتفاق المسمى بقاء اليد ^(٤) اذ يعترف فيه البائع بأن يده على العقار انما هي باسم يد المشتري المالك الجديد للعقار كما قال بذلك المقترح الروماني سيلسوس ^(٥) . والذي حصل هنا أيضاً هو تغيير في النية ^(٦) الا أنه في هذه المرة أصبح المالك هو الذي لا يضع يده بصفته مالكا انما بصفته حائزاً طارفاً

(٣) المناولة بالبر الطويلة ^(٧) : وقد انتهى الامر بالرومان أن يقرروا أخيراً بأن الشيء ولو أنه لم يكن بيد مالكة بالفعل ولم تحصل المناولة اليدوية بقاءً فإنه يجب افتراض حصولها اذا أصبح الشيء تحت تصرفه كما اذا اشترى بضائع مخزونة بمخزن ثم سلم له مفتاح المخزن

(٤) وأخيراً قرر جوستينيان بأن مجرد تسليم عقد التملك أو مجرد توقيع الواهب على عقد الهبة ، تنتقل الملكية في الحال

Constitut possessorio (٣) Dénienteur (٢) Animus (١)
 Interversion (٦) Celsus (٥) Constitut possessorio (٤)
 Tradition de longue main (٧) d'animus

هذا هو عهد الرومان . وأما عهد القانون الفرنسى القديم ظان مشترعيه
الفرنسيين أخذوا أيضاً بهذه التعاليم الرومانية ونشروها بالاذاعة على الافراد .
وفوق ذلك فان العاملين منهم ^(١) قد تخيلوا أيضاً طريقة أرادوا بها الافلات من
ارتباكات المناولة اليدوية ، وهى الطريقة المسماة بالتسليم الصورى أو المناولة
اليدوية الصورية أو التسليم والتسلم ^(٢) . وذلك أنه فى حالة البيع يقرر البائع بالعقد
بأنه يرفع يده عن المبيع وبسلمه للمشتري ، ويقرر المشتري من طريق آخر أنه
استلم المبيع . اذا حصل هذا الاقرار من الجانبين فلا عبرة بعد ذلك فيما اذا كان
المبيع قد ظل تحت يد البائع ، ما دام أن حصول المناولة اليدوية قد ثبت بالاقرار
بالعقد . ويظهر أنه كان من اللازم أن يحصل هذا الاقرار على شكل عقد رسمى
أو بمقد ثابت التاريخ على الأقل حتى يكون حجة على الغير . وكانت العادة تجري
وقتش على تحرير العقود الخاصة بنقل الملكية العقارية بشكل رسمى أمام الموثقين .
هذا واذا فرض وكان العقار تحت يد الغير ولم يكن تحت يد البائع وقت البيع
فكان يذكر بالعقد تنازل من البائع عن دعوى تثبيت الملكية للمشتري . ومما
مر يفهم أن المناولة اليدوية كانت أمراً لازماً لانتقال الملكية فى الاصل ، ولكنه
احتيل عليها بأن جعلت صورية وأنه يكفى لحصولها مجرد الاتفاق على حصولها .
أى انها كانت تقع بالخيال لا فى الواقع ^(٣) وأصبح الشرط الوارد بالعقد بحصول
المناولة اليدوية شرطاً طاعياً يخطو به القلم بين سطور المحررات ^(٤)

ولما جاء واضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٤ وكان جلهم من العاملين رأوا أن
يرصدوا بقانونهم المصنوع الجديد ما رأوه بأعينهم فى مجال العمل وما قرأوه عن
سابقهم . لذا قرروا بهذا القانون هذه القاعدة العصرية المعروفة بأن الملكية تنتقل
بمجرد حصول العقد والاتفاق عليها واعتبروا أن هذا الشرط الجارى فى العقود

(١) Praticiens (٢) Dessaisine-saisine أو Tradition feinte أو Vestes
deveste (انظر مذكرات دوج Demogue لسنة الاولى بكلية الحقوق بباريس سنة ١٩٢٤
— ١٩٢٥ ص ٩١٨) (٣) Opération psychologique (٤) Clause de style

من الاقرار بالتسليم والتسليم شرط مفروض بالمقد دون الحاجة الى النص عليه صراحة به . وعلى ذلك تقول المادة ١١٣٨ فرنسي بأن الالتزام بالتسليم يعتبر تاماً^(١) . وليس معنى ذلك أن التسليم يعتبر صحيحاً^(٢) بمجرد الاتفاق بين المتعاقدين لان ذلك واضح بحكم المادة ١١٣٤ فرنسي . بل معنى ذلك أن التسليم قد حصل فعلاً^(٣) أى تم^(٤) وقد تكررت هذه الكلمة بالمادتين ٩٣٨ و ١٥٨٣ فرنسي وقالت أولاهما بأن الملكية تنتقل دون الحاجة الى مناوله يدوية أخرى^(٥) . وتشير هذه المادة الى المناولة اليدوية الاولى وهي الحاصلة بطريقة صورية أى المناولة اليدوية الصورية الخاصة بشرط التسليم والتسليم ، ذلك الشرط الذي أصبح مندرجاً بالمقد ومفروضاً وجوده به . ونضيف الى ذلك أنه اذا لم يكن الشيء موجوداً تحت يد البائع وقت البيع فلا حاجة الى التنازل من جهة البائع للمشتري عن شرط دعوى تثبيت الملكية

وهكذا تغير المبدأ القديم بهذا المبدأ العصري الجديد تغيراً لم نعلم به الا زمان شعوراً تم عليه حوادث مضطربة . بل حصل التغيير بطريقة غير محسوسة كما بيناه . وعلى ذلك فان الملكية تنتقل في الوقت الحاضر بمجرد حصول المقد^(٦) أى بمحصول تبادل الارادة بين العاقدين ، أى بعمل تقسافي داخلي غير مرئي في ذاته . وهنا ربما تدق معرفة الوقت الذي يحصل فيه بالضبط نقل الملكية ، لما يعتور ذلك من الصعوبات الدقيقة . أما اذا نظرنا الى المذهب الروماني في نقل الملكية فانا نرى فيه أنه قد قرر نوعاً من أنواع الاشهار والعلانية في نقل الملكية سواء كانت العلانية حاصلة بالأوضاع الشكلية المعروفة^(٧) في بيع الاشياء النفيسة والبيع القضائي ، أو بالمناولة اليدوية

(١) Parfaite (٢) Vatable (٣) Consommée (٤) Exeécutede

(وكلية Parfaite مشتقة من كلمة Perfecta أى Accomplie بمعنى تام)

(٥) Autre tradition (٦) Contrat (٧) Formes solennelle

(٢) في القاعدة الحاضرة

وشروطها وآثارها

٥٦٠ - لا يؤخذ بالقاعدة الحاضرة في نقل الملكية لمجرد العقد الا اذا توافرت الشروط الآتية :

(١) يجب أن يكون البائع مالكا لما يملكه أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة واما أن تعلق البيع بشئ مملوك للتبديل فلا تنتقل الملكية (المادة ٢٦٤ / ٣٣٣ مدني و ١٥٩٩ فرنسي) ولكن اذا تعهد البائع بالسعي في اكتساب ملكية هذا الشئ ثم نقل هذه الملكية الى المشتري صح تعهده^(١)

(٢) يجب أن يكون المبيع معيناً (المواد ٩٥/١٤٩ مدني و ١١٢٨ - ١١٢٩ فرنسي و ٢٦٠ - ٢٦١ / ٣٢٧ - ٣٢٨ مدني) فاذا كان المبيع من المقدرات أو المثليات اعتبر معيناً لمجرد ذكر نوعه (المادة ٢٦١) رغم عدم ذكر صنف^(٢) المبيع كما اذا بعتهك مائة قنطار قطناً. ولا يلزم البائع تسليم أجود صنف وليس له تسليم أخص صنف انما عليه أن يسلم صنفاً وسطاً^(٣) واذا كان المبيع من القيميات أى الاشياء التي لا يقوم أحدها مقام الآخر فلا يتعين بذكر النوع فقط بل لا بد من تعيينه بما يتفق مع طبيعته كما اذا بعتهك حصاناً اذ لا بد من تعيينه هنا فيما اذا كان مهرأ أو فرساً صغيراً أو معمرأ^(٤) وهذا يخالف القانون الفرنسي اذ يميز الفرنسيون صحة البيع ولو كان المبيع قيمياً بمجرد تعيين نوعه فقط ويحتمون على البائع تسليم المبيع من الصنف الوسط^(٥)

ولا تنتقل الملكية في هذه الحالة الا بالتسليم (المادة ٢٦٨ / ٣٣٨ مدني)

(١) الهلال بك ص ١٨٩ ن ٣٢٧ و ص ٢٠١ ن ٣٤٤ و ص ٢٠٣ ن ٣٤٥ و المادة ٣٣٥ مخطط المقالة المادة ١١٢٠ فرنسي ولا مثيل لها بالقانون المصري ، و ص ٢٠٦ ن ٣٥١
(٢) Qualité (٣) الهلال بك ص ١٨٦ ن ٣٢١ (٤) الهلال بك ص ١٨٨ ن ٣٢٥
(٥) بودري الموجب ج ٢ ن ١٠٨

أى بعد وزنه أو مقاسه ان كان مما يقبل الوزن أو المقاس . ويرى الفارحون الفرنسيون ان الملكية لم تنتقل فعلا بالتسليم في هذه الحالة ، بل الملكية انتقلت بفعل العقد وأثره . ولان عدم تعيين المبيع تعييناً مشخصاً له لم يكن من شأنه سوى تأخير نقل الملكية فقط ، بحيث اذا رفع الحائل دون امكان التسليم فان الملكية تنتقل في الحال . والاهمية الظاهرة من ضرورة حصول التسليم وعدم حصوله انما يرجع الى نظرية الهلاك^(١) ، الى غير ذلك من المسائل الاخرى كوضع اسم المشتري على المبيع أو وضع أى علامة من علاماته^(٢) . اذ في مثل هذه الاحوال تعتبر الاشياء التى كانت معينة الجنس بالامس ثم وزنت أو قيست اليوم ، تعتبر ملكاً للمشتري بمجرد وضع العلامات المميزة هذه ، كل هذا على شرط الاخذ بالتسليم بالقانون المصرى دون القانون الفرنسى . على أن التسليم ليس معناه ايضاً ضرورة الاخذ بالقيود الرومانية المعروفة بل يحصل التسليم بمجرد رفع يد البائع عن المبيع وتمكين المشتري من الاستلام الفعلى ، سواء حصل التسليم فعلاً وبالواقع أو لم يحصل بالفعل والواقع ، بل حصل بالتراضى على حصوله

واذا حصل التعاقد بمصر على انتقال الملكية في الحال دون التوقف على التسليم فالعقود صحيح في ذاته ما دام أنه لا يخالف النظام العام . وكذلك الحال بفرنسا فيما اذا حصل التعاقد على أن الملكية لا تنتقل الا بعد التسليم ليكون ذلك ذريعة الى جعل الهلاك على البائع لا على المشتري ، اذ يعتبر التعاقد هذا بفرنسا صحيحاً ايضاً^(٣) . ويصح كل ذلك كما يصح أيضاً أن يتعاقد البائع والمشتري بمصر وبفرنسا على صيغ عقد البيع بصيغة رومانية ، أى ينصرف عقد البيع لا الى نقل الملكية في الحال بالتسليم أو بنسب التسليم بل الى تقرير التزام البائع بنقل الملكية ، أى لا يعتبر عقد البيع أداة للتملك بل سنداً للملكية

(٣) ويجب في انتقال الملكية أن يكون محل المبيع من الاشياء الموجودة

(١) الالتزامات ص ٢٠٢ ن ٢١٤ وما بعدها (٢) الهلال بك ص ٣٢١ ن ٥٠٥

(٣) ١٩٠٤ ، ١ ، ٤٥٥ — كابتان ٩٣٩

فملاً^(١). فإذا تعلق المبيع بشيء مستقبل^(٢) فلا تنتقل الملكية في هذه الحالة إلا عند وجوده فيما بعد، ولا بد من ملاحظة التسليم أيضاً في البيع^(٣) وقد يدق أحياناً التمييز بين بيع الشيء المستقبل وبين اجارة الأشخاص^(٤) فيما إذا كان الشيء المستقبل سيصنع فيما بعد بمعرفة البائع. أي هل العقد عقد بيع يلتزم فيه البائع بالتسليم أو يلتزم فيه بالعمل، أو عقد اجارة أشخاص. فإذا تعهد مصور بعمل صورة لشخص بالزيت، أو تعهدت ورشة بعمل أبواب وشبابيك للمهارة فهل يعتبر العقد عقد بيع للصورة وللأبواب والشبابيك، أو عقد مقاول^(٥) بين مستأجر^(٦) ومؤجر^(٧) فإذا فرض أنه بيع اعتبر أن الملكية قد انتقلت إلى المشتري في الوقت الذي يتعين فيه المبيع تعييناً مشخصاً لذاته. وفي هذه الحالة يعتبر الشيء المبيع في ملك المشتري ويدخل ضمن الضمان المقرر لدائنيه بما لهم على ماله من حق الضمان العام. ويؤول عن البائع حق هدم ما صنعه فيما إذا لم يرق لديه ما عمله^(٨) وإذا اعتبر العقد على عكس ما تقدم أي اعتبر عقد إيجار فلا يعتبر المستأجر مالكا إلا عند الوفاء بالالتزام^(٩) أي عند استلام الشيء^(١٠) وقبل الاستلام يعتبر المؤجر موجداً للشيء ومكوناً له أي له الحق في هدمه وإتلافه، ويعتبر هذا الشيء ضمناً لدائني هذا المؤجر أي المصور أو صاحب الورشة. وكل ما نقوله الآن أن العبرة فيما إذا كان العقد عقد بيع أو عقد اجارة أشخاص إنما ترجع لنية المتعاقدين على حسب ما يقدره القاضى من ظروف النزاع^(١١)

- (١) Chose actuelle (٢) Chose future (٣) الهلالى بك ص ١٦٦
 ن ٢٩٤ وما بعدها (٤) Louage d'ouvrage (٥) Contrat d'entreprise
 (٦) Locator (٧) Conductor
 (٨) د، ٢، ٩٨، ٤٦٥ — س، ٢، ٩٠٠، ٢٠١ ومقال قاهل Wahl — د، ٩٠٠، ١، ٤٩٧ — س، ٩٠٠، ١، ٤٨٩ — كابتن ج ص ٩٣٩
 (٩) Paiement (١٠) Reception (١١) الهلالى بك ص ١٨٢ ن ١٣٨
 وما بعدها فيما يتعلق ببيع المحصولات وفيما إذا كان ذلك يمس أم اجارة — انظر مذكرات دمج المتقدمة ص ٩٣٤ فيما يتعلق بشخص أو وصى بصنع سفينة عند منع سفين. فأفلس الممنوع بعد أن أتم جزء من هذه السفينة فففى بدم حجة دعوى الوصى لاثم قبل الإفلاس

(٣) في نقل الملكية بالنسبة للغير

في وسائل الاشهار والعلاينة

٥٦١ - ان للقاعدة المتقدمة في نقل الملكية بمجرد الاتفاق تبسيطاً في تقرير القواعد القانونية بما ينشأ عنه سهولة في التعامل . ولكن قد لاحظنا فيما تقدم أن لهذه القاعدة أضراراً . وأن أكبر مظهر لهذه الأضرار إنما هو جعل عقد نقل الملكية مستوراً في عالم الخفاء . إذ من المحتمل أن يتعاقد الغير مع شخص قد خرج من ماله الشيء الذي وقع عليه العقد . فإذا جاء زيد وأراد أن يشتري عقاراً من بكر ، فيجوز أن يكون العقار قد خرج من يد بكر الى خالد مثلاً بالبيع أيضاً . أو ان بكر أقر عليه حقوقاً عينية عقارية لمصاحبة خالد كالأهن أو الارتفاق . وعلى ذلك اذا بيع العقار مرتين فالبيع الاول صحيح وأما الثاني فلا . ولقد تبلغ الأضرار حداً عظيماً فيما اذا دفع زيد عن العقار لبكر وكان هذا الأخير معسراً لا يقوى على رد ما أخذه . وفي ذلك ما فيه من المخاطر الصارخة على المعاملات بما لا يستطيع معه رواج الحركة العقارية

فإذا أخذ بالقيود الرومانية الخاصة بالعلاينة والاشهار لما كان هناك محل لهذا الخطر أو لقل الخطر فيما اذا أخذ بطريقة المناولة البدوية . لأن الغير اذا أراد الشراء استطاع أن يعرف فيما اذا كان العقار تحت يد البائع له أو تحت يد شخص آخر ، حتى ولو سبق للبائع أن باعه من قبل ولكنه لم يزل واضعاً يده عليه ، إذ لا يتم البيع الا بالتسليم . وأما اذا كان الشيء تحت يد المشتري الاول استطاع المشتري الثاني وقتئذ أن يعلم بأن العقار خرج من مال البائع الى هذا المشتري . على أن للقيود الرومانية في نقل الملكية أضراراً تلحق بالغير . وبيانها :

١ - اذا كان المالك بكر والمشتري الاول خالد والمشتري الثاني زيد ، فيحصل أن يشتري زيد دون أن يعلم بأن البيع حصل من قبل الى خالد حيث لم يسلم العقار الى هذا الأخير . وهنا يحدق الخطر بالمشتريين الاثنين ، إذ لا يصبح

الواحد منهما مالكا الا بالتسليم، وحيث لا تسليم، فلا يعتبر الواحد منهما مالكا، انما يعتبر دائناً عادياً للبائع. وما دام انه لا يمكن تسليم الشيء الى كل واحد منهما فلا بد من توضيحية أحدهما، الا اذا استحالت ديونهما الى مبلغ من النقود. وفي هذه الحالة يتأثر حق كل واحد منهما أيضاً بقدر اعسار البائع وبقدر ما يتقاضيه من ماله بنسبة دين كل واحد

٢ - رأينا أن القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم قد احتال كل منهما على تقرير نظرية التسليم الصوري بتقرير طرق خاصة وهي اليد الوجيزة واليد الطويلة وشرط التسليم والتسليم. ولكن هذه الطرق لا تقيّد الغير شيئاً بل يظل مهدداً باضرار الخفاء في نقل الملكية

٣ - وحتى لو فرض بأنه أخذ بالتسليم الفعلي، وأنه يترتب على ذلك أن الغير يصبح مالماً بما اذا كان الشيء مملوكاً للبائع أو للغير بالرجوع لوضع اليد، فإن ذلك لا يصح الا في نقل الملكية وحق الانتفاع، لان العقار يخرج من يد المالك حتماً الى يد المشتري أو المنتفع. ولكن هناك حقوقاً أخرى غير الملكية وحق الانتفاع، لا زال المخطر محققاً بها بالنسبة للغير، وهي بعض الحقوق العينية كالرهن الرسمي^(١) وحقوق الارتفاق المستترة، اذ لا يمكن فيها الأخذ بطريقة المناولة اليدوية. وعلى ذلك فالخفاء فيها محتم لا بد منه

٤ - انه وإن كان من آثار المناولة اليدوية في نقل الشيء من يد الى يد، ما يجعل الغير مالماً بأمر شيئاً خرج من مال زيد ودخل مال بكر، إلا أنه قد ينبهم الامر على الغير اذ لا يعرف بسهولة فيما اذا كانت اليد الحاضرة هي يد مالك أو يد حائز عارض، وهل هي يد منتفع أو يد مستأجر

واذا كان لا بد من الأخذ بقاعدة نقل الملكية بالعقود فلا بد أيضاً من تقرير العلانية واشهار هذا النقل حتى يعلم به الغير ويكون على بينة من أمره وحتى يكون مالماً بما يحف الأمر من شؤون مختلفة. ولقد عمل القانون الفرنسي القديم

أيضاً على معالجة اضرار النقل الخفى من طريق الاشهار والعلاينة بقدر ما يستطيعه في ذلك الحين

وأما الشرائع العصرية فلها آتت علاج الحال بالاشهار والعلاينة مع بقاء بعض النقص الذى لا بد منه . ومسئلة العلاينة ذات أهمية اقتصادية كبرى ولها صلة ظاهرة بأحوال التعامل العقاري بين الافراد والثقة المقارية وعلى الأخص ما يتعلق بالثقة الرهنية منها^(١). لأن كبار المتمولين لا ينطلقون في طريق الاقراض على رهن رسمى الا اذا اطمنوا الى خلو العقار بما يعيبه وفيما اذا كان العقار هذا ملكاً للمدين أو محملاً بحقوق عينية عقارية أخرى سابقة للغير

ونقل الملكية في المنقول أمرهين . وأما في العقار فالأمر فيه شائك . وللشرائع فيه أغماط اختلفت فيها أوجه النظر ، وتباينت آراء أهل الرأى القانونية بما سراه فيها بعد

(٤) نقل الملكية في المنقول

٥٦٢ — من المستحيل تقرير طرق خاصة للاشهار والعلاينة في حالة نقل الملكية في المنقول وذلك لأسباب عدة : منها كثرة المنقولات وقلة قيمة الكثير منها ، وصعوبة تعيينها تعييناً نافعاً للجهالة . واذا تقررت العلاينة في نقل الملكية بالنسبة للعقارات فلما يرجع ذلك الى أنها غير قابلة للحراك والانتقال الفعلى من مكان الى مكان . ذلك لأن العلاينة إنما تحصل بالكتابة المرصودة بالسجلات المحفوظة بأيدي موظفين عموميين قائمين على خدمة منطقة معينة من أراضي القطر . ومن البديهي أن طبيعة المنقولات لا تتحكي في هذه الحالة طبيعة العقارات من حيث الاستقرار في مكان واحد واستقرار الكتابة المرصودة بالسجلات عليها أيضاً . ولكنه قد جرت العادة في بعض البلاد بفرض أنها في حالة بيع بعض الخيول الممتازة لا ينتقل الحصان أو الفرس من يد البائع الى المشتري الا اذا استلم هذا الأخير أيضاً ورقة بأصل الحصان^(٢) مبيناً بها أصله وتاريخ التصرف

فيه من يد الى يد . ويرى كابتان وكولين أنه لا بأس من ايجاد أوراق خاصة بأشكال معلومة لبعض المنقولات ذات القيمة وترصد فيها ما يرصد في أوراق أصل الخيول . وبذلك يتحقق نوع من العلانية في المنقول^(١)

وإذا كان الخفاء في نقل الملكية بالنسبة للمنقول أمراً لا بد منه إلا أنه قد تخف أحياناً لوطأة هذا الخفاء عند الأخذ بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٢٤١ مدني فرنسي فيما يتعلق بالمنقولات المادية والسندات لحاملها . ذلك ان المادة المذكورة قررت ما يأتي : « اذا التزم شخص بتسليم شيء واحد لشخصين وكان الشيء منقولاً صرفاً^(٢) .وجب تفضيل من كان منهما واضحاً يده على الشيء وضماً حقيقياً واعتباره مالكا له حتى ولو كان عقده حاصله بعد عقد الأول على شرط أن تكون يده مشفوعة بحسن النية » وبمعناها قررت المادة ٤٦ / ٦٨ مدني ما يأتي « ومع ذلك تنتقل ملكية الاموال المنقولة باستلامها (عبارة) « ومع ذلك » استرداك للمادة ٤٥ / ٦٧ السابقة عليها القائلة بصحة نقل الملكية بمجرد حصول العقد (بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سدها . انما يشترط في ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للسلم ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو السرقة » ولقد سبق لنا أن شرحنا هاتين المادتين عند ما تكلمنا على نظرية « الحيازة سند الملكية في المنقول » فإذا اشترى زيد منقولاً من بكر وتركه بيد البائع أصبح مع ذلك مالكا للمنقول . وزالت الملكية من زيد . ولكن زيد في تركه للمنقول بيد بكر قد أخطأ وأضر نفسه . لانه لو جاء بكر وخان هذه الامانة وباع المنقول لخاله وكان هذا الأخير حسن النية واستلم المنقول أصبح خاله مالكا وجاز له التمسك بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول » أخذاً بالمواد ٤٦ / ٦٨ و ٦٠٧ و ٦٠٨ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي ، وبذا يصبح مفضلاً على زيد . ويبقى لدى زيد حق مطالبة بكر بالتعويض فقط^(٣) والخطر يحرق به اذا كان بكر معوزاً

(١) كابتان ص ٩٤٢ (٢) Purement mobilière (٣) مذكرات دموج ص ٦٥٢

ولقد لاحظنا أن « بوتييه » قرر الأخذ بهذه القاعدة المقررة بالمادة ١١٤١ مع أنه كان يأبى الأخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول » بالمعنى المصرى المقرر لها الآن. وقد يمكن الأخذ بقاعدة المادة ١١٤١ فى القانون الفرنسى القديم الذى أخذ بالمذهب الرومانى ، لأن التسليم أو المناولة اليدوية كان لا بد منه ، اذ يستطيع خالده الثراء من بكر وهو مطمئن الى أنه مالك مادام المنقول تحت يده ولم يتسلم بعد الى المشتري الاول وهو زويد الذى أصبح بالنسبة لبكر مجرد دائى بسيط كما رأينا . ويجوز لزيد على ذلك حق الطعن فى المقد الحاصل لخالده بدعوى الابطال ^(١) ولكن صحة الدعوى موقوفة كما نعلم على ضرورة اثبات التواطؤ بين بكر وخالده ، أى علم خالده علماً أكيداً بسبق تصرف بكر فى المنقول. فاذا استحال عليه هذا الاثبات وجب رفض دعوى الابطال ولا محالة

٥٦٣ — وهناك نتائج هامة يمكن استنتاجها عما وقع فى تفسير وجهة النظر بالقانون الحاضر من عهد بوتييه . اذ يفهم منها أنه اذا تقررت الافضلية الآن لوضاع اليد وضماً فعلياً فان ذلك لم يتقرر من طريق الأخذ بالقاعدة الرومانية المعروفة فى أن نقل الملكية لا يحصل بمجرد التعاقد عليه ^(٢) بل تقرر من طريق الأخذ بالمواد ٤٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ مدنى و ٢٢٧٩ فرنسى ، أى من طريق الأخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية فى المنقول » وذلك :

١ . — اذا فرض وكان المشتري للمنقول واضعاً يده وضماً فعلياً وكان سبب النية جاز للمالك وهو المشتري الاول حق طلب تثبيت ملكيته له فى دعوى يرفعها على هذا الحائز للمنقول . أما اذا أخذنا هنا على العكس من ذلك بمذهب بوتييه فان استرداد المنقول لا يحصل الا بعد الحكم بابطال البيع الثانى بواسطة دعوى الابطال المتقدمة ^(٣) ولا يستطيع المشتري الاول الالتجاء الى دعوى الابطال

Nemo nudis pactis dominia (٢)

Action paulienne (١)

Action paulienne (٣)

transferuntur

هذه الا باعتبارها دعوى احتياطية ^(١) أى لا يأخذ بها الا بعد أن يقيم الدليل على عوز واصار البائع الاصلى ، أى بعد اثبات عجزه هو عن الوصول فى أخذ حقه وأنه لا سبيل له الا هذه الدعوى

٢. — اذا كان من شأن المادة ١١٤١ السابقة أن تقر القاعدة الرومانية القاضية بضرورة المناولة اليدوية فى نقل الملكية فانه يجب أن يعتبر المنقول الى حين تسليمه غير داخل فى مال المشتري الاول ، وعلى ذلك لا يجوز لدائى هذا الاخير الحجز عليه أخذاً بحق الضمان العام المقرر لهم . ولكن القضاء الفرنسى يأخذ بالعكس من زمن بعيد ^(٢)

٥٦٤ — فى الاحوال التى لا يجوز فيها الغرض بالمادة ١١٤١ مدنى فرنسى ٤٨/٤٦ مدنى : رأينا حكم المواد ٦٨/٤٦ مدنى و١١٤١ فرنسى والسبب فى تقريرها والغرض الذى رعى اليه الفاعر من وضعها . وعلى ذلك فهى لا تسرى الا على المنقول المادى والسند الحامله . أما بالنسبة لنقل الملكية فيما يتعلق بالمنقولات المعنوية ^(٣) بخلاف السندات لحاملها فهناك جملة طرق قررها الفاعر :

١ () تنتقل الديون العادية ^(٤) أى الديون التى اشتغلت بها ذمة أشخاص معينين بمجرد الاتفاق وحصول العقد . ولكن القانون قرر لها اجراءات خاصة بما أدت فى بعضها الى العلانية . ذلك أن القانون المختلط قرر بالمادة ٤٣٦ مدنى بانه يجب أن يعلم المدين فى حالة تحويل الدين بأن الدين تحول من الدائن الى أجنبى ، انما يجب أن يصله اخبار على يد محضر من المحول اليه بمحصول التحويل (ويتلاحظ أن القانون الاهلى يشترط رضاء المدين بادئ ذى بدء بالتحويل ، ويثبت الرضاء اما بالسند نفسه أو بورقة على حدة ، أى لا بد فيه من الكتابة أو الخمين عند

(٢) ٣٠٩ ، ١ ، ٤٥ ، د — س ، ٤٦ ، ١

Meubles incorporels (٣)

Action subsidiaire (١)

٥٥١ — كتابتن ص ٩٤٣

Créances ordinaires (٤)

الضرورة ، وأن يثبت تاريخ الرضاء بالورقة المنفصلة حتى تكون حجة على الغير .
(المادة ٣٤٩ مدني)^(١) وبهذه الطريقة يستطيع الغير وهم دائنو المدين المحيل الاستعلام من المدين المحيل ضده مما اذا كان الدين قد سبق تحويله أم لا ، أي هل خرج من مال مدينهم أم لم يخرج بعد

٢) ان سندات البورصة^(٢) وهي الاوراق المالية التي يضارب فيها المضاربون بالبورصة ، اذا كانت سندات بأسماء أصحابها^(٣) فيحصل نقل الملكية فيها بالتأشير بسجلات الشركة المصدرة لهذه السندات (المادة ٣٩ / ٤٥ تجاري)

٣) وهناك بعض ديون لا تصح قبل الغير الا اذا أشرت وأعلنت .
وسنتبين ذلك عند ما نتكلم على نقل الملكية في العقارات . ذلك أننا نرى أن الايجار اذا زادت مدته عن تسع سنوات وجب تسجيل عقد الايجار (المادة ٦١٣ / ٧٤٠ مدني) واذا زادت قيمة الايصال عن استلام الايجار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات وجب تسجيل هذا الايصال (المادة السابقة) كل ذلك من أجل حماية الغير

وهنا رجع الشارع في نقل الديون البسيطة هذه الى وسائل العلانية المعروفة في العقارات . ويرجع ذلك الى أن هذه الديون منصبة على عقارات معينة والعقارات ثابتة بنفسها . فلما ثبت بالسجلات الموجودة بالجهة المعنية والمرسودة على عقارات هذه الجهة فهو سار عليها سواء كان خاصاً بحقوق عينية مقررة عليها أو بحقوق شخصية خاصة بها

هذا وهناك طائفة من المنقولات لا تتمشى عليها أحكام المواد ٤٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي وهي السفن . اذ لنقل السفن اجراءات خاصة يرجع فيها للقانون التجاري

وأما فيما يتعلق بشهادات الاختراع^(٤) والمحلات التجارية^(٥) فان نقل

(١) الالتزامات من ٥٤٤ ن ٥٦٦ وما بعدها

(٢) Valeurs de bourse (٣) Titres nominatifs

(٤) Brevets d'invention (٥) Fonds de commerce

الملكية فيها يحصل بالقانون الفرنسى بقيد الاول منهما بسجلات معدة لذلك بدار المديرية طبقا لقانون ٥ يوليوز سنة ١٨٤٤ المعدل بقانون ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٨ وبقيد الثانية منهما بدفتر عام معد لذلك أيضا بقلم كتاب المحكمة التجارية طبقا لقانون ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ . ولما لم يوجد قانون بالعلانية قبل صدور هذا القانون فكان أصحاب الشأن يلجأون الى الاشهار والاعلان بالصحف السيارة . وفي مصر لا مثيل لهذه القوانين

ولكن القضاء يجرى فيما يتعلق بشهادات الاختراع والمحلات التجارية على أن البيع صحيح دون ان يكون خاضعا لاجراءات شكلية . ذلك لا نرى أن هذه الاجراءات الشكلية ان هي الا قيود تحد من حرية التعامل واردة المتعاقدين وأنه لا يحصل هذا الحد الا اذا نص عليه بالقانون . وحيث لا نص فلا قيد . ولذا تصبح بيوع شهادات الاختراع والمحلات التجارية اذا توافرت فيها شروط البيع العقارى^(١)

٥) في نقل الملكية والحقوق العينية العقارية

لمحة تاريخية

٥٦٥ — أصبح نقل الملكية والحقوق العينية علنياً بالقيد^(٢) والتسجيل^(٣) أى بالكتابة بدفتر عامة معدة لذلك وموجودة بمصر والاسكندرية والمنصورة وبالحاكم الشرعية وتحت يد حفظة السجلات العامة^(٤) ولم تستقر العلانية هذه طرفة بل مرت هي الاخرى بأدوارها التاريخية . ولذا لا نرى بدأ من الالمام ايجازاً بهذه الادوار

(١) راجع الهلالى بك ن ٣١٧ و ٥٧٠ و ٥٧٦ و ٦٣٧ — ج ٢ ص ٤٠٧ ن ٤٣٤٣ و ٤٣٥٣ و ٤٣٦٥ — ج ٣ ص ٥٩١ ن ٦١٧٢ — جرانغولان فى العقود ن ٧ و ١٩ والهامش ١
(٢) Inscription (٣) Transcription
(٤) Conservateurs des hypothèques

٥٦٦ - الخفاء في نقل الملكة بمقابل في القانون الفرنسي القديم : كانت تتبع بعض مقاطعات فرنسا الخاضعة لعادات التأمين ^(١) طريقة خاصة في نقل الحقوق العينية العقارية تسمى بطريقة القيد بالسجل ^(٢) باعتبارها شكلا من أشكال اشهار الملكية . والاصل فيها يرجع لنظام الاشراف والاقطاعات . ذلك لان كل أرض في ذلك العصر تعتبر انها تحت يد الحائز لها من طريق التنازل اليه من الغير ^(٣) أى ان المالك الأعلى لها يتنازل عنها للحائز في مقابل أعمال يجريها هذا الاخير في مصلحة الاول . واذا أراد الحائز أن يتنازل عن حقه للغير وجب تدخل الشريف المالك الأعلى حتى يسترد الارض من الحائز الاول ويولى عليها الحائز الثاني . وكان نقل الملكية هذا يحصل بالاجراءات أى بطريقة العزل والتولية ^(٤) وانتهت بالاكتفاء بقيد النقل في سجل تحت يد كاتب محكمة الاشراف . وكان يستفيد الاشراف من هذه الطريقة فائدتين ، لانهم يتقاضون من أجلها رسوماً ويأمنون بها النقل في الخفاء . فاذا حصل التنازل من الحائز الآخر دون مراعاة هذا القيد فلا أثر له قبل الغير وقبل الطرفين . وبطل البائع مالكا ويصبح المشتري مشتريا أى يداين البائع بنقل الملكية

ويجانب مقاطعات عادات التأمين كانت توجد مقاطعات التملك بالناداء والاشهار الشفوي ^(٥) بأن ينادى بالتملك علنا على الجمهور في يوم الاحد كما كان ينادى على الزواج وانتهى ذلك بالقيد في السجلات ^(٦)

وفكر الفارغ الفرنسي في ذلك العهد سنة ١٦٧٣ (عهد كولبير ^(٧)) في تقرير نظام لاشهار الرهن التأميني فأنشأ أقلام كتاب خاصة يقيد فيها الدائنون

Oeuvres de la loi (٢) Coutumes de nantissement (١)

(٣) à titre de mouvance (من كلمة mouvoir أى محرك)

Ban (٤) Vest و Devest Appropriance par bannies (٥) من كلمة Ban

أى أمر ملين على الافراد (٦) مذكرات دموع ص ١١٩ (٧) Colbert

وهو ناتج لتكون حجة على من يأتي بعدهم^(١) . ولكن طبقة الإشراف عارضت في تعاضد هذا القانون لما فيه من الكشف عن أسرار تصرفاتهم ومعاملاتهم المالية مع الغير . ومن أجل ذلك تأجل العمل بالقانون . وظلت الرهونات خفية ككل حق عيني ما عدا ما يتعلق بمقاطعات التأمين والاشهار السنوي^(٢)

في قير الرهات : كان الشارع الفرنسي يكره التبرعات بين الأحياء فعدل على مضايقتها من طريق إخضاعها لرعاية الأفراد فأنشأ لذلك سجلات خاصة بأقلام الكتائب تقيد بها الهبات عن منقول أو عقار^(٣) ولم يكن القيد جوهرياً بحيث يترتب على عدم حصوله إبطال الهبة فيما بين الطرفين على عكس مبدأ العزل والتولية في مقاطعات التأمين . بل يترتب عليه عدم جواز الاحتجاج بالهبة على الغير إلا إذا حصل تسليم أو نص على شرط التسليم والتسليم^(٤)

٥٦٧ - قانون برومير سنة سبتمبر^(٥) أبقت الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ استمرار الأخذ بما اتبعته مقاطعات التأمين والنقل بالمناداة السنوية . ولكن ما عثم أن قررت قاعدة عامة في اشهار الرهونات التأمينية وانتقال المقارات من يد الى يد^(٦) فأصدر الشارع الفرنسي لذلك قانونين هامين

القانون الأول قانون ٩ ميسيدور سنة ٣^(٧) وقرر هذا القانون اشهار الرهونات التأمينية بقيدها^(٨) بسجل الموظف المسمى بحافظ السجل^(٩) بحيث إذا لم تقيد فلا أثر لها . بمعنى أن الرهن بلا قيد لا يحتاج به على دائن مرتين قام به

(١) وكان القيد يسمى Opposition (٢) كتابان من ٩٤٤ - ٩٤٥

(٣) وسمى القيد insinuation (وهي تسمية ترجع للاصطلاحات الرومانية في عهد القوانين الامبراطورية) (٤) Dessaisine-saisine (٥) Loi de brumaire an VII (٦) Mutations immobilières (وكلمة mutation تقيد إحلال شخص محل آخر ومنها droits de mutation أى رسوم التسجيل)

(٧) Loi du 9 messidor an III (وكلمة messidor مشتقة من كلمة mēssis اللاتينية بمعنى الحصاد moisson . وتطلق الكلمة على الشهر العاشر من سنة الجمهورية الفرنسية من ٢٠ يونيو الى ١٩ يوليو) (٨) Inscription (٩) Conservateur

قبل الآخرين كما لا يحتج به ضد مشتر اشترى قبل أى قيد

القانونه الثانى : قانونه برومير سنة سبعة^(١) : ويسمى بقانون الثقة الرهنية^(٢) وهو يرمى الى تقرير ضمان المقرضين على رهونات^(٣) من طريق معالجة القانون السابق وسد النقص فيه . ذلك لانه اذا قرض وكان المقرض واثقاً من عدم سبق رهن العقار فانه يبقى مع ذلك معرضاً لأخطار أخرى وهى الناشئة عن عدم ملكية المالك الظاهر^(٤) للعقار المرهون . لذا أراد قانون برومير أن يعالج هذا النقص اذ قرر نظرية التسجيل^(٥) (أى نقل العقد حرفياً بسجل الحافظ للسجلات) بالنسبة لجميع العقود الناقلة للملكية^(٦) والحقوق العينية المقابلة للرهن (مثل حق الانتفاع) . هذا ولأجل الوقوف على حقيقة هذا القانون يجب الاطلاع بالملاحظات الآتية :

١ - رجع هذا التسجيل الى نظرية القيد فى التبرعات لا الى طريقة مقاطعات التأمين . وعلى ذلك لا يعتبر التسجيل تولية فى الملكية من جانب الشارع ، بل هو مجرد وسيلة للاشهار وأداة للعلانية . وهو من هذه الجهة لا يعتبر شرطاً لازماً لنقل الملكية بل هو شرط لا بد منه ليكون النقل فى الملكية حجة على الغير ، أى على من يتعاملون فيما بعد مع المالك الأصلي

٢ - يختلف تسجيل برومير عن قيد الرهونات ، مع انهما يتفقان فى الاشهار عنهما بسجلات حافظ سجلات الرهونات أو أمين الرهونات^(٧) . ذلك لان القيد^(٨) يحتوى على القدر اللازم فقط للاخبار من طريق العلانية^(٩) أى يعلن ما هو لازم

(١) Brumaire من كلمة brume بمعنى سحاب كثيف . أو الظلام أو الحزن أو التردد . وتطلق كلمة brumaire على الشهر الثانى من الحساب الجمهورى الفرنسى - calendrier republicain من ٢٣ اكتوبر الى ٢١ نوفمبر (٢) Crédit hypothécaire (٣) Prêteurs sur hypothèques (٤) Propriétaire apparent (٥) Transcription (٦) Actes transtatifs de propriété (٧) Conservateur des hypothèques (٨) Inscription (٩) Pub. par extraits أو Publicité analytique

مما هو واضح بقوائم الرهن^(١) المسجلة الى أمين الرهونات وهي لا تحتوى الاعلى المسائل الهامة ، الواردة بالمقد الرسمي الحاصل أمام الموثق ، والتي تكون ضرورية للاشهار والملاينة . أما التسجيل فهو على العكس من ذلك اذ هو النقل التام بالحرف^(٢) للعقد الناقل للملكية كالبيع والبدل والهبة . وربما كان هناك اختلاف آخر . وهو أنه لما كان المقد الرسمي المحرر أمام موثق كاملا لا ينقصه شيء مما يجعل المقد بعيداً عن أوجه النقد فيكنى في اشهاره حينئذ قيد ملخصه أى قيد ما ورد بالقائمة اذ فيه الكفاية . وعلى عكس ذلك عقد البيع أو البدل فإنه يحصل عادة بمقد عرفى . وفي ذلك مظنة حصوله ناقصاً وبطريقة مضطربة في التحرير . ولما لم يكن أمين الرهونات قاضياً مأموراً بتصحيح أغلاط الماقدين فليس له سوى نقل المقد كما هو وبرمته

(٣) أبقى قانون برومير العمل بالقيد في التبرعات بين الاحياء . انما قرر من طريق آخر ضرورة تسجيل الهبة في العقارات . وبين القيد والتسجيل هنا فروق هي :

١ - القيد خاص بالهبة باعتبارها هبة . وأما التسجيل فهو خاص باعتبار الهبة عقداً ناقلاً للملكية أو ناقلاً لحق انتفاع عقارى . وعلى ذلك فالقيد لازم لجميع أنواع الهبة منقولة كانت أو عقارية . وأما التسجيل فهو خاص فقط بالتبرع بالمقار من حيث حق الملكية فيه أو حق الانتفاع

٢ - كان المرسوم^(٣) الصادر سنة ١٧٣١ الخاص بالقيد يقضى بتعيين مدة يحصل فيها القيد تراوح بين ٤ أو ٦ أشهر بالرجوع الى ما اذا كان الاشخاص أصحاب المصلحة مقيمين داخل أو خارج المملكة . فاذا حصل القيد في المدة المضروبة كان لها أثر رجعى ، بمعنى أن الهبة تعتبر حجة على الغير من تاريخ الوقت الذى عملت فيه . وأما اذا حصل القيد بعد المدة فلا يحتاج بالهبة على الغير الا من

وقت قيدها . هذا بالنسبة للقيد . وأما بالنسبة للتسجيل فلم يوجد شيء من ذلك
اذ لا يرجع أثر التسجيل الى زمن سابق على حصوله

٣ — ان الغير بالنسبة للقيد هو خلاف الغير بالنسبة للتسجيل . فالغير بالنسبة
لقانون برومير^١ الاشخاص الذين اكتسبوا حقاً عينياً على العقار من طريق المالك
الاصلى وبمقتد . وأما للغير بالنسبة للقيد^(١) المنصوص عنه بمرسوم سنة ١٧٣١
فهو يتناول كل شخص له مصلحة فى التمسك بعدم القيد ، أى الغير فى التسجيل
بقانون برومير ، وكذلك أيضاً الدائنين العاديين للمالك الاصلى وورثته . وهناك
شخص واحد لا يجوز له التمسك بعدم حصول القيد وهو الواهب

٤ — كان قانون برومير ناقصاً من بعض الوجوه . ذلك لانه اذا أريد حماية
الملكية العقارية حماية كاملة وجب أن لا يخضع للتسجيل فقط الحقوق الناقلة
للملكية ولحق الانتفاع العقارى بل الحقوق العينية الاخرى كحقوق الارتفاق
مثلاً . ذلك لان المعاملات الخاصة بالرهونات التأمينية فى حاجة هى الاخرى الى
الطمانينة والضمانات الكافلة لرواجها واستقرارها . فاذا أراد مقرض على رهن أن
يقرض وهو مطمئن الى خلو العقار المرهون له من المحظورات العقارية فلا تيسر
له هذه الطمانينة اذا كان يجهل تصرف مدينه الراهن فى الحقوق العقارية التى يمكن
انزعاعها من العقار ، أو التكاليف العقارية التى ربما يكون العقار محملاً بها والتى
يكون من شأنها انقاص القيمة الحقيقية للعقار^(٢) . ولما كان قانون برومير لا يقضى
الابتسجيل العقود الناقلة لحقوق عينية قابلة للرهن التأمينى دون غيرها فانه يترتب
على ذلك أن عملية التسجيل لا تتمشى على العقود الخاصة بتقرير حقوق ارتفاقية
أو حق الاستعمال والسكنى لان هذه الحقوق ليست قابلة للرهن

٥٦٨ — القانون المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤ ، وعدم الاعتراف بقانونه برومير :
فى الوقت الذى وضع فيه القانون المدنى الفرنسى لم يكن قانون برومير قد اندمج

بعد بالمعدات الفرنسية ولم يألئه الناس. ويرجع ذلك لكثرة الرسوم والمصاريف التي تثرب على الاخذ به وعلى الاخص عند طبقة الافراد الذين لم يكونوا من التنوير والعلم بما يطمئنون الى الاخذ به. ولذا هجروه وعملوا على عدم العمل به باعتباره معطلا ومضايقا. ولما حان وقت وضع القانون المدني اتقسم المحضرون له شطرين: شطر يعارض في بقاء اجراءات التسجيل. وشطر يقول ببقائها. وانتهى الامر بأن قرر الشارع بأن الرهونات لا تكون حجة على الغير الا بالقيود (المادة ٢١٣٤ مدني فرنسي)

وقد قام الجدل بين محضري القانون عند وضع المادة ١١٣٨ القائلة بتمام التعاقد لمجرد الاتفاق عليه وبانتقال الملكية لمجرد حصوله، وذلك أن تجادل أخصام التسجيل مع أنصاره. وأخيراً وضعت المادة ١٥٨٣ (المقابلة للمادة ٢٣٦/٣٠١ مدني) الخاصة بصحة عقد البيع، بما يطابق المادة ١١٣٨، إلا أنه روعي في وضعها أن صحة العقد هي بالنسبة للبائع، وترك الامر بالنسبة للغير

ولما جاء دور تحضير الباب المخصص للرهنات التأمينية احتدم الجدل بين المحضرين، اذ قال البعض بضرورة اشتراط التسجيل في نقل الملكية بالنسبة للغير. (وأضاف هذا الفريق على هذه القاعدة أن لا يبيع البائع لهشترى الا الحقوق المقررة له فقط على الشيء المبيع). وقال البعض الآخر بعدم ضرورة اشتراط هذا الشرط. ولاحظ ان في تقرير الفريق الاول للقاعدتين السابقتين تناقضاً ظاهراً. وأخيراً تقرر الاخذ بعدم شرط التسجيل مع بقاء القاعدة القائلة بأنه لا يجوز للبائع أن يبيع أكثر مما يملك^(١). ولكن مع ذلك بقي الاخذ بضرورة التسجيل في حالة هبة العقار (المواد ٩٣٩ و ٩٤١) أي هبة الاشياء القابلة للرهن. ثم أشار القانون الفرنسي أيضاً الى التسجيل في بعض مواد كحالة امتياز البائع (المادة ٢١٠٨) وتطهير العقار من الرهنات (المادة ٢١٨١)^(٢)

(١) كبتان من ١٤٩٦ (٢) مذكرات دموج من ٩٢٣ وما بعدها. وانظر المادة ٨٣٤

وهنا حصل التساؤل فيما اذا كان قانون برومير قد لا يزال قائماً بعد ظهور القانون الفرنسي الموضوع سنة ١٨٥٤ أم لا . وفي ذلك أفتى مجلس الحكومة بباريس بالسلب وقرر بأنه ليس هناك ضرورة الى تسجيل عقد البيع حتى يكون ذلك حائلاً دون قيد الرهن الصادر من نفس البائع لان القيد أصبح مستحيلاً بعد البيع . وهذا يفيد بأن البيع ليس نافذاً فقط على العاقدین بل هو نافذ أيضاً على الدائنين المرتهين . أى انه لم يبق أثر للمرة لقانون برومير المذكور

٥٦٩ - قانونه ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، في ظهور التسجيل من جديد : رأينا أنه لم يؤخذ بنظرية التسجيل في عهد قانون نابليون . ولكن ما عثم أن ظهرت مخاطر عدم الاخذ بها عقب التطورات الاجتماعية والاقتصادية وذبوع المعاملات بين الافراد . اذ يحصل أن المشتري يظل مهبطاً لا يعرف فيما اذا كان سيستمر مالكا أم لا ، فيما اذا ظهر فيما بعد شخص آخر يدعى حقاً على العقار . وأخيراً فكر المفكرون في ضرورة وضع نظام محكم للملكية العقارية والحقوق المينية العقارية . ولذا ظهر قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسي فأعاد بظهوره قانون برومير مع شيء كثير من التعديلات الهامة . ومعنى هذا القانون بقانون التسجيل في مسائل الرهن

وهذا القانون قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ هو ما أخذ عنه الشارع المصري تشريعه المختلط سنة ١٨٧٥ وتشريعه الاهلى سنة ١٨٨٣ ثم جاء الشارع المصري سنة ١٩٢٣ وأصدر قانونه المعروف في ٢٦ يونيو رقم ١٨ و١٩ اهلى ومختلط وهدم به أصولاً عدة من أصول القانون المدنى المقررة فيما يتعلق بجرية التعاقد وأثره بين العاقدین ، وهو يريد بذلك أن يمهّد الطريق أمام الاخذ بنظام جديد في وضع الملكية العقارية على أساس آخر وهو نظام السجلات العقارية^(١)

لذا نرى تقسيم هذا الموضوع الى قسمين : القسم الاول يتعلق بنظرية العلانية أو الاشهار قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ وهو مبدأ تاريخ العمل بقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المذكور . والقسم الثاني يتعلق بهذه النظرية طبقاً لذلك القانون . ومن المحتم التكلم على النظام القديم لانه لا بد من تناذه على العقود الحاصلة في عهده كما تقضى بذلك المادة ١٤ من قانون ٢٦ يونيو المذكور

أما القسم الاول فانه يتناول المسائل الآتية :

(١) العقود الخاضعة لاجراءات العلانية والاشهار (٢) في كيفية حصول هذه العلانية وفي نظامها (٣) في الجزاء المترتب على عدم مراعاة العلانية (٤) في نقد ذلك النظام وفي الوسائل التي رجع اليها في معالجته

٦) العلانية والاشهار قبل يناير سنة ١٩٢٤

١ - العقود والاحكام الخاضعة لاجراءات العلانية

٥٧٠ - هذه العقود على ثلاثة أنواع :

(١) العقود بموض بين الاحياء الناقلة للملكية أو المقررة لحقوق عينية عقارية

(٢) التبرعات

(٣) الايجارات الزائدة مدتها عن تسع سنوات وايصالات الايجار المدفوع مقدما عن مدة تزيد عن ثلاث سنوات - وأما الاحكام فهي الخاصة بالناء عقد سابق مسجل

١ - النوع الاول - في العقود بموض بين الاحياء والناقلة

للملكية أو المنشئة لحقوق عينية عقارية

٥٧١ - وردت القواعد الخاصة بالقانون المصري تحت عنوان « في اثبات

الحقوق العينية » بالمواد ٦٠٦ - ٧٣٢ / ٦٢١ - ٧٤٨ مدني وأدخل فيها

الشارع القواعد الخاصة أيضاً بنقل الملكية في المنقولات (المواد ٦٠٧ و ٧٠٨/٧٣٣ و ٧٣٤ مدني) وأطلق باقي المواد على اشهار نقل الملكية والحقوق العينية العقارية ، بعد أن قرر بالمادة ٦٠٦ / ٧٣٢ مدني حكما عاما يشمل أثر العقود بوجه عام في أن العقد أثرأ حالا بين المتعاقدين^(١) بمجرد حصول الاتفاق

وبعد أن قرر الشارع بأن نقل الملكية والحقوق في المنقولات يحصل بمجرد الحياة (المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ مدني) سواء كان ذلك بالنسبة للعاقدين أو للغير (اذ تقول المادة ٦٠٧ « ... في حق كل انسان ... ») ، وقد بينا ذلك في مكانه ، اذ قرر بالمادة ٦٠٩ / ٧٣٥ مدني بأنه « في مواد العقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين^(٢) على حسب القواعد الآتية^(٣) »

ولقد أخذت المادة ٦١١ / ٧٣٧ مدني في بيان هذه العقود الخاضعة لاجراءات العلانية . (وهذه المادة المصرية هي المقابلة للمادة الاولى والثانية من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسي) ومن هذا النص يرى أنه يشير الى طائفة من الحقوق العينية العقارية والى العقود النافذة للملكية أو المكونة للملكية . ونرى التكلم على كل منها على حدة

§ ١ — الحقوق العينية العقارية

٥٧٢ — نصت المادة ٦١١ / ٧٣٧ مدني والمادتان ١ و ٢ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ على ما يأتي « الحقوق بين الاحياء^(٤) الآتية من عقود انتقال^(٥) الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة^(٦) لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتمة على ترك هذه الحقوق^(٧) ، تثبت في حق غير المتعاقدين^(٨) ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في

En matière immobilière (٣)	Des tiers (٢)	Inter partes (١)
Actes entre vifs (٤)	les droits réels s'établissent	
Portant renonciation (٧)	Constitutifs (٦)	Translatifs (٥)
		Des tiers (٨)

قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية » (عبارة أو في المحكمة الشرعية لم ترد بالنص المختلط) وعلى ذلك تكون الحقوق العينية المقاربية الخاضعة للتسجيل هي ما يأتي :

(١) الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن، وهي الملكية وحق الانتفاع المقارى (وهذا تأييد لقانون برومير سنة سبعة الفرنسي) ^(١)

(٢) العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى . ولقد دعت الضرورة العملية الى تختم النص على هذه الحقوق حتى يعلم المتعاقد مع المالك بهذه التكاليف العقارية المحمل بها العقار التى يشتريه أو يرهنه فيما اذا كان مقرضاً

(٣) عقود القسمة الطبيعية : عقد القسمة خاضع للتسجيل (المادة ٦١٢ فقرة ٢/٧٣٩ مدنى) برغم أن القسمة مؤيدة للملكية المقررة من قبل . بمعنى أنه اذا تقرر للغير حق عيني على العقار المشاع قبل تسجيل عقد أو حكم القسمة ، كأن أخذ دائن أحد المالكين على الشيوع اختصاصاً على العقار وسجله ، أصبح هذا الاختصاص نافذاً على الغير . وكل ما استثناه القانون في هذه الحالة انما يرجع فقط للموهور اليه والموصى اليه اذا لا يجوز لها الانتفاع بتسجيل عقودها ضد الغير الذى لم يسجل عقده ولكنه أثبت تاريخه طبقاً للمادة ٦١٧/٧١٤ مدنى الملغاة من حيث نقل الملكية فقط ^(٢) ولا يسرى التسجيل الا اذا كانت القسمة حاصلة بين الشركاء الذين يملكون على الشيوع بغير سبب الارث . أما اذا كانت القسمة حاصلة بين الورثة فلا يخضع عقد القسمة للتسجيل حتى يكون حجة على الغير ^(٣)

(٤) ويدخل في هذه الطائفة الرهن المقارى الحيازى ^(١) وهو أن يرهن

(١) مذكرات دوج س ٩٤٠ (٢) ج ع ٢ س ٤٠١ د ٤٢٨١

(٣) استئناف ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ث ق ، ٢٧ ، ١٧٤ — ج ع ٢ س ٤٠١ د ٤٢٨٧

Gage immobilier (٤)

المدين عقاره عند الدائن ضمانا لدين هذا الاخير . ولا بد فى هذا الرهن من جعل العقار بحيازة الدائن ومن تسجيل عقد الرهن . بمعنى أن الرهن لا يصح بالنسبة للغير الا بتوافر هذين الشرطين التسجيل والحيازة . أما التسجيل فأمره ظاهر وأما الحيازة فانها أمانة العلانية ومظهر مادى يدل على خروج العقار من يد المالك المدين الراهن الى يد الدائن المرتهن . ولا تعتبر هذه الحيازة كافية ليجتنب بها على الغير فى صحة الرهن . بل لا بد أيضاً من التسجيل . واذا لم تنتقل الحيازة للدائن جاز له مطالبة المدين بها مع صحة عقد الاستدانة . ويستمد حق المطالبة بالحيازة من نفس عقد الاستدانة الذى يملكه هذا الحق

ويحصل أن يد المدين تبقى على العقار من طريق الايجار بعد حصول تسليم الحيازة فعلاً أو صورة . فهل يصح الرهن فى هذه الحالة قبل الغير، أم ان فى بقاء يد المالك على العقار فواتاً لشرط صحة الرهن بالنسبة للغير مهما كانت صيغة اليد وطبيعتها فيما اذا كانت يد مالك ^(١) (عند عدم حصول تسليم الحيازة فعلاً) أو يد نائب عن الغير أى يداً عارضة ^(٢) كالمستأجر؟ ^(٣) اختلف القضاء فى ذلك فتارة يقول بأن فى بقاء يد المالك الراهن على العقار من طريق الايجار ما يحول دون صحة عقد الرهن بالنسبة للغير ، اذ شرط نقل الحيازة الى يد الدائن المرتهن غير متوافر . وطوراً يقول العكس . وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة بالرأى الاول . وفى الواقع فان فى بقاء الحيازة بيد المالك مع قيام عقد الرهن تشكيكاً للغير فيما اذا كان السبب فى هذا البقاء نقصاً ثم عقد الرهن من وقت نشوئه ، أو نتيجة لعقد الايجار المعقود بين الدائن ومدينه يجعل هذا الاخير مستأجراً . ولما كان لا توجد اداء قانونية يمكن الاستعانة بها فى التعرف على كيان هذه اليد خلاف الطرق المقررة بشأن العلانية وأخصها التسجيل ولم يقض القانون بتسجيل عقد الايجار فى هذه الحالة حتى يستطيع الغير معرفة حقيقة هذه اليد ، رأى الشارع أخيراً ضرورة الاخذ بأصول العلانية فى هذه

الحالة وقرر بالمادة ٢ من قانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٤ رقم ٤٩ ما يأتى « وفى حالة الرهن العقارى يجوز للدائن المرتهن ان يؤجر العقار المرهون للمدين بشرط ان يكون الايجار منصوفاً عليه فى عقد الرهن او مؤشرا به فى هامش تسجيل الرهن وذلك فى حالة حصول الايجار بعد الرهن » أى لابد من تسجيل الايجار مع عقد الرهن أو بعد عقد الرهن من طريق التأشير به بسجل الرهونات . كل هذا رفعاً لما يقع فيه الغير من التشكك بشأن طبيعة اليد وكيانها (راجع المذكرة الايضاحية لهذا القانون بمجلة جازيت المحاكم المختلطة المجلد ١٣ ص ١٣٠ العامود الثانى فى ثلثة الاخير والعامود الثالث)

هذا ولما كان القانون يقضى بجواز حصول الرهن العقارى فى صورة البيع الوفاى (المادة ٣٣٨ فقرة ٢ / ٤٢٣ مدنى) كان يقع كثيراً ان تدق التفرقة والتمييز بين ما اذا كان العقد المطروح النزاع فيه امام القضاء عقد وفاء حقيقة طبقاً للفقرة الاولى من المادة ٣٣٨ فتسرى عليه قواعد البيع الوفاى (المادة ٣٣٩ / ٤٢٢ مدنى) وان لا يجوز فيه استرداد المبيع بعد فوات المدة المقررة للاسترداد والى لا تزيد قانوناً عن خمس سنوات (المادة ٣٤١ / ٤٢٧ مدنى) ، ام هو عقد رهن عقارى حيازى ضامن للدين فقط فيجوز استرداده فى اى وقت مهما طال الاجل على حيازته بيد الدائن بعد خصم القوائد من غلة العقار وخصم ما يتبقى من الغلة من اصل الدين . ولما تعالت الشكوى من هذا النموض وصعوبة التفرقة بين الوفاء الصحيح والرهن العقارى، تدخل الشارع فى الامر واصدر قانونه السابق ذكره بشأن تسجيل الرهن العقارى وهو قانون ١١ ديسمبر سنة ٩٢٤ المذكور وقرر الغاء المادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ المذكورتين واستبدلهما بالمادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ الجديدتين . فجعل أولاهما للبيع الوفاى البحث . وقرر بالثانية بأنه « اذا كان الشرط الوفاى مقصوداً به اخفاء رهن عقارى فان العقد يعتبر باطلاً لا اثر له »^(١) سواء بصفته

بيعاً أو رهناً^(١) أى ان العقد باطل من حيث البيع والرهن معاً . ونرى ان العقد يستحيل حينئذ الى مجرد التزام بسيط تشتغل به ذمة من قبض المبلغ سواء كان المبلغ ثمناً للصفقة فى حالة البيع او مبلغ الاستدانة فى حالة القرض . وعلى ذلك يعتبر البائع او المدين المقرض لا زال مالكا للعقار . وبذا تنفذ تصرفاته فيه على المشتري والمقرض . وليس لهذين الاخيرين حق الاحتجاج على الدائنين المرتنين او اصحاب الاختصاص بالتفاضل عليهم فيما اذا كانت توارىح حقوقهم العقارية المتوقعة على العقار قد جاءت بعد تاريخ عقد البيع او عقد القرض مادام ان للبطلان هنا اُترأ رجعيّاً على العقد من وقت انفاثه حيث لا اثر للعقد بالمرّة ، فكذا لم يكن

هذا وقد يشبه الرهن العقارى مع الغاروقة المقررة بالمادة ٣٥٥ أهلى (ولا مثيل لها بالمختلط) . والغاروقة هى : « عقد به يعطى المدين عقاره للدائن ويكون للدائن المذكور الحق فى استغلاله لنفسه والانتفاع به لحين تمام وفاء الدين . — وأصحاب الاطيان الخراجية هم الجائز لهم دون غيرهم عقد مشاركة الغاروقة على أطيانهم » . ولقد سبق ان رأينا زوال التمييز بين الاراضى الخراجية وغيرها اذا أصبحت الاراضى بمصر كلها مملوكة الرقبة والمنفعة لصاحبها وهو مالكاها اى انها أصبحت اراضى ملك . وفى ذلك قرر القضاء المصرى زوال الغاروقة أيضاً لزوال التفرقة . وما دام ان الغاروقة عقد من العقود التى يجوز للأفراد التعاقد عليها أخذاً بمبدأ حرية التعاقد المحدودة بالنظام العام فانه يصح القول هنا أيضاً بجواز صحة الغاروقة الآن بعد زوال التفرقة العشرية والخراجية . الا أنه اذا قيل ذلك وجب حتماً اعتبار العقد عقد رهن حيازى . وفى هذه الحالة يجب خضوع هذا العقد للأصول المقررة قانوناً وعلى الاخص فيما يتعلق بالنظام العام . فلا يجوز

(١) Tant comme vente que comme nantissement انظر المذكرات الايضاحية

السابقة بمجلة جازيت المحاكم المختلطة مجلد ١٣ ص ١٣٠ المامود الاول وثلى المامود الثانى

الاتفاق على عدم التسجيل بالنسبة للغير ، ولا الاتفاق على جعل الدائن المرتهن مالكا للمعين عند حلول أجل الوفاء وعدم الوفاء من المدين^(١) (المادة ٥٤٣ مدني و ٧٩ تجاري) ولا الاتفاق على جعل ثمرة العقار في مقابل انتفاع الدائن باستغلال العقار ، ومن باب أولى تملك الدائن الثمرة بلا مقابل (المادة ٥٤٥ مدني) لان ذلك يعتبر صورة من صور الاتفاق على فوائد أكثر من ٩٪ . وهو اتفاق محظور قانونا ويجب فيه انقاص الفوائد الى ٩٪ كما قرر القضاء ذلك

هذا والقانون الفرنسي لا يعرف الرهن العقاري انما يعرف نظاما آخر يشبه كل الشبه وهو الغاروقة الفرنسية^(٢) والغاروقة الفرنسية تحكى الغاروقة المصرية من جميع الوجوه الا في وجه واحد وهو قصر الغاروقة بمصر على الاطيان الخراجية . ولما كانت الغاروقة الفرنسية هي نفس الرهن العقاري بمصر قرر الشارع الفرنسي ضرورة درجها ضمن العقود الخاضعة للتسجيل (المادة ٢ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥) ولما جاء الشارع المختلط ووضع قوانينه سنة ١٨٧٥ أدرجها هو الآخر بالمادة ٧٣٧ ضمن العقود الخاضعة للتسجيل ولم يدرج بها الرهن العقاري . وعدم الادراج هذا لا يستفاد منه عدم خضوع الرهن العقاري المختلط للتسجيل ، لان الشارع نفسه قرر تسجيله في مكان آخر ، اذ قرره بالمادة ٦٧٤ مدني مختلط . وانما الذي نستنتجه من ذلك أن الشارع المختلط اعتبر الغاروقة هي نفس الرهن العقاري لانه لم يعرفها باعتبارها غاروقة بل عرفها باعتبارها رهنا عقاريا حيازيا . وأكبر دليل على ذلك انه لم يرد بالقانون المختلط نص يحكى نص المادة ٣٥٥ مدني أهلي الخاص بالغاروقة كما بينا

أما الشارع الاهلي فانه لم يدرج الغاروقة بالمادة ٦١١ ضمن العقود الخاضعة للتسجيل . وان كانت هذه المادة واردة على سبيل الحصر الا أن الشبه القائم بين الغاروقة والرهن العقاري كبير الى حد اعتبارهما واحداً يجعل هناك محلا للقول

بضرورة التسجيل . على أنه لا فائدة عملية الآن من هذا البحث ما دام أن القضاء قرر زوال الغاروقة

والحقوق العينية ، وهى الحقوق التبعية ، لا تخضع للتسجيل فهى ما تأتى :

- (١) الرهونات التأمينية اذ يكتفى فيها بالقيّد كما رأينا
- (٢) حق الحبس :^(١) وهو حق الشخص فى الاحتفاظ بالشئ المملوك لآخر اذا أصبح (هذا الشخص) دائئاً له (للآخر) بسبب هذا الشئ . فله شترى الوفائى مثلاً حق حبس العقار تحت يده حتى يستوفى ماله قبل البائع من المصاريف الضرورية والنافعة التى صرفها على العقار فيما اذا جاء المشرى وطلب استرداده فى المدة المعينة (المادة ٣٤٤ / ٤٣٠ مدنى و ١٦٧٣ فقرة أولى فرنسى) ويظهر أن القضاء يجرى فى أحكامه على اعتبار حق الحبس حقاً عينياً . واذن كان يجب خضوعه هو الآخر لاصول العلانية أى التسجيل . ولكن الشارع لم ير محلاً لذلك لان الحبس يقتضى دائماً وحتماً أن يكون العقار تحت يد الدائن لا تحت يد المالك

- (٣) الاجارة الطويلة غير معينة المدة^(٢) لا تخضع للتسجيل وكان الاولى الاخذ بالمعكس ما دام أن عقود الايجار الزائدة عن تسع سنوات خاضعة للتسجيل .
- (٤) الحسكر لا يخضع للتسجيل . وكان الاولى المعكس كما قلنا فى الحالة السابقة
- (٥) المقد ذو الاجارين كذلك كما تقدم لا يخضع للتسجيل

§ ٢ — العقود بين الأحياء الناقلة

أو المنقثة

٥٧٣ — هذه العقود الخاضعة للتسجيل على أنواع كثيرة :

- (١) العقود الناقلة كالبيع والوعد بالبيع^(٣) والبدل والوفاء بمقارفى مقابل الدين^(٤)

Emphytéose (٢)

Droit de rétention (١)

(٣) الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٩ — الملل بك ١٠٦ — ١٢١ ن ١٧١ — ١٩٦

Dation en paiement (٤)

— دى ملس ج ٣ ص ٤٦٦ ن ١١٤

وتقديم عقار بمثابة حصة للشريك في شركة^(١). - والصلح يجب تسجيله أيضا اذا تعلق بالاسقاط عن عقار غير متنازع فيه^(٢) اما اذا تعلق بنفس العقار المتنازع فيه فلا يحل لتسجيله^(٣) وهذا على شرط ان يكون العقد المملك لمن حصل التصالح في مصلحته مسجلا حتماً

(٢) التنازل عن الحقوق الخاضعة للتسجيل . أى تركها للغير . ذلك لان التنازل تمليكا من طريق عكسى لحق عينى قد سبق نقله من قبل (المادة ٦١١/٣٣٧ مدنى والمادة الاولى فقرة ٢ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥) فاذا أسقط المنتفع حقه فكأنه تنازل عنه لمالك الرقبة

(٣) التخرج : وما القول بشأن التخرج في التركة ؟ فهل يخضع عقد التخرج للتسجيل ؟ أى اذا تنازل الوارث عن المطالبة بحصته في التركة المخلفة عن مورثه فهل لابد من تسجيل عقد التنازل هذا ؟ فاذا باع الوارث المتخرج عقاراً لمشتري بعد تخارجه وسجل المشتري عقده ولم يسجل المتخرج اليه عقد التخرج ، فهل يسرى عقد المشتري على المتخرج اليه ام لا يسرى ؟ ان عقد التخرج عقد كسك العقود خاضع لاحكامها من حيث شروط الصحة والاركان^(٤) ولكن هل عقد التخرج نافل للملكية أم لا ؟ الذى نقول به هو أن عقد التخرج عقد صادر من وارث لوارث . ويصدر عقد التخرج بعد أن يصبح الوارث المتخرج مالكا بالارث ، لان الوارث يملك بسبب الميراث عند تحقق شروط ثلاثة: موت المورث وحياة الوارث وجهة الارث (المادة ٥٨٢ من مرشد الحيران) أى ان الوارث يملك بمجرد الوفاة دون أن يملأ تملكه على قبول منه لارث التملك بالارث ليس كالوصية اذ تعتبر هذه عقداً لا بد فيه من قبول الموصى اليه (المادة ٥٤٣ من مرشد الحيران) . فالتخرج يصدر من مالك يسقط نصيبه في الارث

(١) الالتزامات ج ٢ ص ٢٧٨ . — مذكرات دموع ص ٩٤٢

(٢) ٩٥٣ د ، ٢ ، ٢٨٧ . — س ، ٩٤ ، ٢ ، ٩٤٤ . — كابنان ص ٩٥٣

(٣) ج ٢ ص ٤٠٢ ن ٤٢٨٠ (٤) ج ٢ ص ٣٩٧ ن ٤٢٤٤ . وكل ماله أنه لا يجوز الطعن فيه بالنسبة لانه من العقود الاحتمالية

لوارث آخر. والاسقاط أو التنازل أو ترك الحق كما تقول المادة ٦١١/٣٣٧ مدني خاضع للتسجيل كي يكون حجة على الغير. وعلى ذلك يجب تسجيل التخارج حتى يكون حجة على الغير. فإذا لم يتسجل فلا يسرى على من اشترى عقاراً من الوارث المتخارج أو على من تقرر له حق عيني عقارى وسجل عقده. على أن القضاء المختلط يقرر من طريق بوجه عام أن الحقوق المتعلقة بوجه عام بالميراث لا تخضع للتسجيل^(١). ويةقرر من طريق آخر بوجه خاص بأن التخارج اما أن يكون منصباً على نصيب الوارث المتخارج برمته، واما أن يكون خاصاً بالتخارج عن عقار أو عقارات معينة. ففي الحالة الاولى لا محل للتسجيل لان التخارج انصب على مجموعة الحقوق المقررة للوارث المتخارج^(٢). وأما في الحالة الثانية فلا بد من التسجيل^(٣) وهذه التفرقة من جانب القضاء المختلط ضارة بالغير في حالة التخارج عن نصيب الوارث برمته. ونرى أنه ليس لها محل مادام الغرض حماية الغير، ولا بد من حمايته في الحالتين، ما دام ان التنازل واحد في الحالتين. وكأن القضاء المختلط رأى في التخارج عن الحصة كاملة بيعاً يحكى بيع الشريك لنصيبه في شركة، أى بيعاً لحق دائنيته^(٤) أى لحق منقول معنوى. وهذا التشبيه ان قيل به فهو غير صحيح لان الوارث مع زملائه الورثة لا يكونون شركة بالمعنى القانوني الصحيح، أى لا يعتبر النصيب في الارث كالنصيب في الشركة، لان للشركة وجوداً قانونياً للخاصة والتعاقد. بخلاف الورثة فليس لهم وجود معنوى في مجموعهم. بل لا بد في الخاصة والتعاقد من ضرورة الالتجاء الى كل منهم على حدة. وازاء ذلك كله لا نستطيع اقرار القضاء المختلط فيما قرره وما القول بشأن استرداد الحصة المباعة في الميراث أو في الشركة^(٥)، وهو الحق المقرر بالمادة ٥٦١/٤٦٢ مدني فهل يخضع العقد الخاص بالاسترداد الى التسجيل أم لا؟ فإذا باع الشريك حصته في الشيء المباع وسجل المشتري عقده فهل يعتبر

(١) ج ع ٢ من ٤٠١ ن ٤٢٨٠ (٢) Universalité

(٣) استئناف م ١٢ ديسمبر ١٩١٦ م ت ق، ٢٩، ١٠٣

(٤) Droit de créance (٥) Retrait d'indivision

التسجيل حجة على الشريك الآخر الذى يجوز له بمقتضى المادة ٤٦٢ المذكورة حق استرداد الحصة المبيعة من المشتري، وعلى ذلك لا يجوز للشريك الانتفاع بحق الاسترداد؛ لا يصرى التسجيل على هذا الشريك لان المشتري يعرف أو يجب عليه أن يعرف بان القانون أباح للشريك الآخر حق الاسترداد وأن هذا الحق باق مدة ١٥ سنة فلا يسقط الا بعد مضيها وفوق ذلك فان حقيقة الاسترداد لا ترجع هنا الى تباع وتقل ملكية^(١) بل ترجع الى الحلول^(٢) أى حلول المسترد^(٣) محل المشتري^(٤)

(٤) الوصية : وهل يخضع التنازل فى الوصية للتسجيل ؟ ان قبلت الوصية من الموصى اليه وحصل التنازل بعد ذلك وجب التسجيل . وأما اذا حصل التنازل قبل القبول فلا محل للتسجيل لان التنازل فى هذه الحالة لا يعتبر تملكاً

(٣) بعضه الاعظم : تقول المادة ٦١٢/٧٣٨ مدنى ما يأتى : « الاحكام

المتضمنة لبيان الحقوق من هذا القبيل^(٥) أو المؤسسة لها^(٦) يلزم تسجيلها أيضاً . — وكذلك الاحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالزاد^(٧) والعقود المشتملة على قسمة عين العقار^(٨) والاصل فى الاحكام بوجه عام أن تكون مظهرة أى مقررّة لا مثبتة أى منشئة . ولكن هناك أحكام لم تنعت بنعت الاحكام الا من الوجهة الشكلية فقط ، اذ تحكى فى الحقيقة البيع أو تحكى بوجه عام العقد الناقل للحقوق العينية . ويندمج فى هذا النوع ما يأتى :

١ . — الاحكام التى تثبت وجود تعاقّد شفوى نازل للملكية (كالبيع والبدل والحصة فى الشركة وغير ذلك) وبرغم أن هذه الاحكام مظهرة فانها خاضعة مع ذلك للتسجيل لانه لم يسبق أن سجل العقد الذى تأيد بها لان العقد كان شفويا

Subrogation (٢) Mutation de propriété (١)

Retrayant (٣) (٤) استئناف م ٤ ابر سنة ١١١ م ت ق ، ٢٣ ، ٣٠٢

Jugements (٧) Constituts (٦) Jugements déclaratifs (٥)

Partags d'immeuble en nature (٨) d'adjudication

أما إذا سبق حصول العقد وتسجيل فلا محل لتسجيل الحكم الأخير المؤيد لهذا العقد^(١) نعم ولو أن المادة ٦١٢/٧٣٨ مدنى حكمها عام بالنسبة للأحكام المظهرة سواء كانت متعلقة بعقود سابقة مسجلة أو غير مسجلة ، إلا أن الشارع المصرى لم يرد أن يخالف في هذه الحالة مرشده العادى وهو القانون القرنى الذى لم يقل بتسجيل الأحكام المظهرة إلا إذا كانت خاصة بعقود غير مسجلة^(٢) كذلك لا محل لتسجيل إذا كان الحكم خاصاً بالأحوال غير الخاضعة لأحكام التسجيل ، كالحكم الصادر بين ورثة عن عقار ، اذ التملك بالارث يحصل قبل الغير بمجرد الوفاء ودون التسجيل^(٣)

٢ - أمطام مرمى المزار بناء على نزع الملكية أو الحجز العقارى : وهى بيوع حقيقية لأنها تنقل الملكية من الشخص المزوعة ملكيته الى الراسى عليه المزار (المادة ٥٨٧/٦٦٠ مرافعات) وقرر القانون من جهة أخرى تكليف كاتب المحكمة بتسجيل حكم مرمى المزار (المادة ٦٣٩/٧٧١ مدنى والمادة ٥٩٠/٦٧٢ مرافعات) . ولكن هذا لا يمنع الراسى عليه المزار من القيام هو بالتسجيل لان جزاء عدم التسجيل ٥٠٠ قرش غرامة (المادة المذكورة)^(٤) مع حفظ الحق فى التعويض طبعا

هذا ونعلم أن القانون المختلط قرر أنه من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية يمنع المدين من التصرف (المادة ٦٠٨ مرافعات) ولم ينقلها الشارع المصرى وهى تقابل المادة ٦٨٦ فرنسى) فاهى اذن المحكمة من ضرورة تسجيل حكم رسو المزار مع وجود تسجيل التنبيه بنزع الملكية؟ السبب واضح وهو أن الحجز على المدين فى منعه من التصرف فى العقار لا يحول دون قيد الرهونات الموجودة من قبل على المدين . وفوق ذلك فانه اذا روى الرأى الغالب الآن فى أن الحظر يمنع التصرف لا يشمل حق المدين فى رهن عقاره لأصبحت حكمة تسجيل حكم مرمى المزار ظاهرة^(٥)

(١) ج ع ٣ من ٦٠٢ ن ٦٢٦٩ و ٦٢٧٢ و ٦٢٧٣ — ج ع ٢ من ٤٢٨٨ و ٤٢٨٩

(٢) جرائم ولان فى التأمينات من ٢٤٥ ن ٨٥٩ (٣) ج ع ٢ من ٤٢٨٦ و ٤٢٨٧

(٤) جرائم ولان فى التأمينات من ٢٤٧ ن ٨٤٩ (٥) كابلن ج ١ من ٩٥٤

٣ - أمطام مرمى المزااد بسبب عدم اصطاده قسمه العقار ^(١) : وهى خاضعة للتسجيل بوجه عام سواء كان الحكم صادراً برسو المزااد على أحد المالكين على الشيوع أو على شخص أجنبى . بخلاف القانون الفرنسى فانه لم يقض بالتسجيل الا فى الحالة الاخيرة . وحكم القانون المصرى هنا يتفق مع ما قرره بضرورة تسجيل عقد القسمه عن عقار (المادة ٦١٢ / ٧٣٨ مدنى) وينتقد الشارحون الفرنسيون التفرقة التى قال بها الشارع الفرنسى ^(٢)

٤ - الامطام الصادرة بمرسى المزااد ثانياً بعد مرمى المزااد الاول : يحصل أنه بعد رسو المزااد أولاً على شخص يأتى الغير ويزيد على القيمة المباع بها العقار (المادة ٥٨٧ / ٦٦٠ مرافعات) فإذا أعيد المزااد ثانياً ورما على الاول أيضاً فلا محل للتسجيل ثانياً (المادة ٢١٨٩ مدنى فرنسى) أما اذا رسا على غيره سواء كان من قرر الزيادة أو شخص آخر فانه يجب تسجيل حكم مرمى المزااد الثانى

٥ - الامطام الصادرة بمرسى المزااد بناءً على عدم قيام الراسى عليه المزااد برفع النخس ^(٣) : فى هذه الحالة يباع العقار على الراسى عليه المزااد الاول الذى لم يدفع الثمن ^(٤) ويلزم بالفرق (المادة ٥٧٤ / ٦٥٦ و ٦٠٦ / ٦٩٦ مرافعات) ولا يستفيد من الزيادة (المادة ٦١٢ / ٧٠٢ مرافعات) والبيع الثانى يفسخ البيع الاول ^(٥) ويظهر مادام أنه فسخ فلا يترتب عليه تسجيل البيع الثانى . لانه لم يترتب على الفسخ نقل الملكية من الاول الى الثانى انما يترتب عليه احوال الاول محل الثانى ^(٦) . ولكن نرى مع ذلك ضرورة التأشير بمرسى المزااد الثانى بالسجل الذى تسجل به عقد المزااد الاول ، حتى يستطيع الغير معرفة أن العقار أصبح مملوكاً للثانى دون الاول

(١) Licitation ويسيه البعض أحكام البيع بالتصفية : الهلال بك ص ٥٢٧ ن ٧٠٣
(٢) كابتان ص ٩٥٤ (٣) Folle enchère (٤) Fol enchériseur
(٥) Résolution قانون المادة ٧٧٩ مرافعات فرنسى — تنفيذ أبو هيف بك ص ٦٤٧
ن ٩٧٧ — تنفيذ عبد الفتاح بك ص ٤٨٣ ن ٧١٢ وما بعدها (٦) كابتان ص ٩٩٥

(٦) الحكم الصادر بالشفعة يعتبر سند تملك للشفيع ويجب تسجيله بمعرفة المحكمة (المادة ١٨ من قانون الشفعة الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠١) وفوق ذلك فإنه لاجل أن يكون طلب الشفعة حجة على الغير يجب تسجيل انذار الاخذ بالشفعة (المادة ١٤ من القانون المذكور)

(٧) المرسوم الصادر بنزع ملكية المالك من عقار ينشر بالجريدة الرسمية وينتج عن نشره بالنسبة لنزاع الملكية نفس النتائج التي تنتج عن تسجيل العقد الناقل للملكية (المادة ٥ من قانون ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦)

ولا تخضع الانذارات على يد المحضرين^(١) ولا أوراق اعلان الدعاوى^(٢) الى قيود التسجيل^(٣) ولكن العادة جرت على تسجيل هذه الاوراق . وربما ترتب على التسجيل تعطيل المعاملات العقارية^(٤)

ب - النوع الثاني . التبرعات

٥٧٤ — يجب تسجيل الهبة بعقار أو بحق عيني عقارى أخذاً بالمادة ٦١١/٣٣٧ مدني (لانهاءة في حكمها)^(٥) . وكذلك يخضع التبرع بقيمة الايجار عن ثلاث سنوات أو اسقاطه الى التسجيل أيضاً . ولا يرجع حكم التسجيل هنا الى المادة ٦١٢ مدني المذكورة بل الى المادة ٦١٣ التي سيأتي ذكرها والتي تقرر ضرورة تسجيل الايصالات الدالة على الوفاء مقدماً عما يزيد عن ثلاث سنوات في الايجارات^(٦) الوقفية : وهل تدخل الوقفية ضمن التبرعات الخاضعة للتسجيل ؟ يجرى القضاء على عدم خضوعها للتسجيل بالمحاكم المختلطة اكتفاء بالتسجيل الحاصل بالسجل المصان بالمحاكم الشرعية ويرى بعض رجال الفقه ضرورة خضوعها للتسجيل باعتبارها نافذة لحق الملكية عن الواقف الى جهة البر التي لا تنقطع^(٧)

(١) Assignations (٢) Sommations (٣) ج ع ا س ٣٥٧ ن ٤٥٩٦ ع

(٤) جرائدولان في التأمينات من ٢٤٣ — ٢٤٤ ن ٨٥٥

(٥) جرائدولان في التأمينات من ٢٤٠ ن ٨٤٥ — كابتان من ٩٩٥ (٦) كابتان من ٩٩٥

(٧) المداينات ج ٢ من ٢٨٣ — ٢٨٧

ج - النوع الثالث - عقود الإيجار

الرائدة مدتها عن تسع سنوات

وابصالات الإيجار الزائدة عن ثلاث سنوات معجلا

٥٧٥ - توجب المادة ٦١٣/٧٤٠ مدنى ضرورة تسجيل ما يأتى :

- (١) عقود الإيجار الزائدة مدتها عن تسع سنوات: ولو اذالحق المتولد عن الإيجار هو حق دائنية بسيط ^(١) إلا أنه يشتهر مع الحقوق العينية من حيث ضرورة اثبات تاريخه، ليكون حجة على الغير وهو المشتري من المؤجر (المادة ٣٨٩/٤٧٤ مدنى و ١٧٤٣ فرنسى) لأن الإيجار اذا طال مدته فانه يعيب العقار بما يترتب عليه بخس فى قيمته العقارية وهو أمرهم المرتين تأمينيا
- (٢) الابصالات لمدة تزيد عن ثلاث سنوات عن إيجار لم يحل بعد: والابصالات باستلام الإيجار هنا أو اسقاطه واحد. فإذا قرر المؤجر استلامه للإيجار مقدما أو اسقاطه له عن ثلاث سنوات ترتب على ذلك أيضا نقص فى قيمة العقار، ويجب تمكين الغير من الاطاحة بما يعيب العقار. ويرى الشارحون تعديل التشريع فى هذا الشأن وضرورة التسجيل عن سنة أو سنتين ^(٢)

د - النوع الرابع - الاحكام الملغية

لعقد ناقل للملكية

- ٥٧٦ - يحصل التعاقد أولا بين المتعاقدين. ثم يطعن فى العقد فيما بعد. وتتوجه اليه المطاعن بجملة أسباب. اما بسبب عدم دفع الثمن فى البيع (المادة ٤١٣/٣٣٢ مدنى) واما بسبب الغبن الذى أصاب البائع القاصر اذا زاد على الخمس (المادة ٣٣٦/٤١٩ مدنى) واما بسبب دعوى الابطال المرفوعة بالغناء العقد

الصادر من المدين تهريباً لاملأكه اضراراً بدائنيه ، واما لسبب عدم وجود رضا بالمره من جانب البائع أو لسبب عيب فى أهلية التصرف

هذه الاحكام التى تصدر ماسة بالعقد الاول يجب أن يعلم بها الغير حتى يكون على بينة بما أصاب العقد الاول الذى أصبح صاحبه هو المالك الظاهر أمام الكافة . اذ بهذه الاحكام يعود المالك الاصلى الى الظهور . وبهم الغير أن يكون طالما بهذا التغير . وفى ذلك تقول المادة ٦٤٠ / ٧٣٣ مدنى ما يأتى : « على الكاتب أن يؤثر من تلقاء نفسه ^(١) على هامش التسجيلات ^(٢) بصدر الاحكام المبطله ^(٣) للسند أو للحكم المسجل ^(٤) أو الدالة على فسخه ^(٥) » وأن يسجل الاحكام المادرة فى شان سند انتقالا للملكية الغير المسجل الذى له تاريخ صحيح سابق على العمل بموجب هذا القانون وان لم يفعل ذلك يفرم خمسمائة قرش ديوانى » وما مر يبين ما يأتى :

(١) ان العقد الاول ، أو الحكم الاول ، الذى ألقى أو أبطل اما أن يكون مسجلا واما لا . فان كان مسجلا وجب على كاتب المحكمة التأشير بهامش تسجيله بما يفيد الغاء أو ابطاله كلاً أو بعضاً . وان كان غير مسجل وجب عليه تسجيله هو ان كان له تاريخ ثابت قبل صدور القانون . وهذا الواجب لا يمنع صاحب الشأن من العمل على تسجيله كما رأينا بشأن أحكام مرسى المزداد

(٢) ان الغير الذين تماقدوا مع المشتري يصبحون مهددين بحكم الالفاء والابطال . اذ يزول حقوقهم المقررة لهم على العقار بقوة الاثر الرجعى للاحكام الملغية أو المبطله . ولكن يزول هذا الخطر فى بعض الاحيان كما اذا ذكر بعقد التمليك المطعون فيه بالتسخ لعدم دفع الثمن ان الثمن دفع فعلا وكانت الحقيقة على خلاف ذلك بورقة ضد مثلاً . (راجع مع ذلك المادة ١٩٧ مدنى مختلط ولا

(١) D'office

(٢) [Marge des transcriptions]

(٣) Qui annuleront

(٤) Acte transcrit

(٥) Déclareront la résolution

مثيل لها بالاھلى، وهى الخاصة بالدائنين المرتھنين بحسن نية وعدم تأثير الاحكام المبطلۃ أو الملغية فيھم بسبب عيوب الرضاء)

(٣) وان كان الشارع قد عني هنا بأمر ائھار الاحكام القضائية الماسة بعمود سابقة فأنه لم یعن بما یقرره المتعاقدون أنفسهم بعمودهم. وأظهر فی مثل ذلك ما یتعلق بالبيع الوفاى. ذلك انه اذ رد البائع الثمن الى المشتري وفاى فسخ عقد البيع لوقته ومن تلقاء نفسه^(١) ويمود البائع مالکاً كما كان بلا حاجة الى تسجيل. ولكن الخوف هنا من عدم التسجيل وهى. لان عبارة الوفاء واردة بعقد البيع وهى كافية فی انذار من يتعاقد مع المشتري بمبلغ الخطر المحدق به^(٢)

٢- فی قاعدة حصر الاوراق الخاضعة

للتسجيل

٥٧٧ - زى أن المواد ٦٢١/٣٣٧ مدنى وما یبدها التى عینت الاوراق الخاضعة للتسجيل قد وردت على سبیل الحصر. وعلى ذلك لا تخضع أى ورقة أخرى لم ترد بهذه المواد الى التسجيل. واذا فرض وتسجلت فلا یعتبر التسجيل حجة على الغير أى لا یلزم الغير بقبول احكام هذا التسجيل قبله. ومن هذه الاوراق غیر الخاضعة للتسجيل الانذارات على أیدی المحضرين وعرائض دعاوى الناء وابطال العمود اذ لا یعتبر تسجيلها حجة على الغير^(٣) ولكن التقه فی مصر لم یجمع کلته على هذا الرأى. اذ بینما یقول بعض رجاله بتأیید مبدأ حصر الاوراق الخاضعة للتسجيل، وهو المبدأ الذى أیده القضاء المختلط^(٤) اعتماداً على أن فی اعلان مثل هذه الاوراق تعطیلاً لواجب المعاملات بین الافراد، اذ یکنى لرافع دعوى الاستحقاق فی عقار مثلاً أن یسجل عریضة دعواه فیعطل لدى خصمه

(١) Ipso jure (٢) کابتنان ص ٩٥٧ (٣) استئناف م ٥ مايو سنة

٩٨ م ت ق ، ١٠ ، ٢٦٥ (٤) انظر مقال الاستاذ دافید حزان بعنوان « لمناسبة

التسجيل » بمجلة الجازيت المجلد الاول ص ١٤٣

صاحب العقار مزية الارتفاع بمقارنه في مجال المعاملات، — قلنا بينما يقول البعض بهذا الرأي، اذ يقول البعض الآخر من رجال الفقه بأنه يجب الاخذ بمبدأ التوسع في تفسير المواد الخاصة بالاوراق الخاضعة للتسجيل . وحجته أن الشارع لم يقصد بهذه المواد حصر هذه الاوراق ولأن الاشهار والعلانية انما شرع اعلاناً للغير^(١) وانا نؤيد الرأي الاول ولا نستطيع الاخذ بالثاني لان نتائج التسجيل في جعلها نافذة على الغير لا تكون الا اذا تعينت على الاقل طبيعة الاوراق وكيانها القانوني في أنها مظهره أو منشئة لحق عيني عقارى . على أن قاعدة تسجيل عرائض الدعوى قد أخذ بها قانون التسجيل الجديد كما سنبين ذلك في مكانه

في كيفية حصول الاشهار والعلانية

٥٧٨ — يحصل الاشهار والعلانية^(٢) في الرهن التأمني بالتقيد كما مر^(٣). وأما في الحقوق العينية فيحصل بطريقتين : اما بالتسجيل^(٤) واما بالتأشير بالهامش^(٥)

(١) التسجيل : ويحصل بنقل العقد كله وجميع مشتملاته^(٦) فيما يتعلق بالجزء الخاص بنقل الملكية (المادة ٦٢٩/٧٦٠ مدني) سواء كان العقد رسمياً أو عرفياً . واذا كان التعاقد شفهيّاً فلا محل للتسجيل الا اذا تأيد بحكم . ولتتقد الشارحون النقل الكلي هذا ويرون العمل كما في حالة الرهن في قيد القوائم ويرغبون في وضع نماذج تفصيلية^(٧) تمد للجمهور . ولكن يلاحظ أن هذا يخرج عن مهمة حافظ السجلات وهي مهمة محصورة بطبيعتها في الاشهار والاعلان

(١) انظر مقالا بامضاء M. P. ولله امضاء صاحب مجلة الجازيت Maxime Pupikofer

بالجلد الاول ص ١٤٣ من مجلته (٢) Mécanisme de la publicité

(٣) Inscription (٤) Transcription (٥) Mention marginale

(٦) In extenso (٧) Extraits analytiques

لا في تقرير ضمانات للمقعد في ذاته ^(١) وعليهم تسجيل المقعد باطلا كان أو غير باطل ^(٢)

٢) القيد بالرافضة : وهو تلخيص للاحكام المبطله أو الملغية كما مر بالمادة ٧٧٣/٦٤٠ مدني

ويحصل التسجيل بسجلات خاصة تسمى دفاتر التسجيل . ولهذه السجلات قواعد واحكام من حيث نظامها وعددها وشروط التسجيل بها . ويرجع في ذلك كله الى المواد ٦٢٢ - ٦٤١ وهي صريحة وواضحة في ذلك كله . وسننجز القول فيها فيما بعد عند التكلم على كيفية التسجيل طبقاً لقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ الجديد

٤ - في الجزاء المترتب على عدم إظهار نقل الملكية

والحقوق الميمنية

٥٧٩ - القواعد الخاصة بالتسجيل قواعد اختيارية بمعنى أنه لا يلزم الشخص بالتسجيل . وهو حر ان شاء سجل أو لم يسجل . انما اذا لم يسجل فعليه تبعة عمله . وفي هذه الحالة يتعرض لمخاطر يصبح في مأمن عنها لو سجل . ويتناول القول هنا جملة مسائل

١ - جزاء عدم التسجيل

٥٨٠ - نعلم أن الملكية والحقوق الميمنية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد حصول المقعد . ولكن هذه الحقوق لا تنتقل بالنسبة لغير الا بتوافر شروط خاصة . وفي ذلك تقول المادة ٦٠٩/٧٣٥ مدني ما يأتي : « وفي مواد العقار تثبت الحقوق الميمنية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » :
ويرتب على هاتين القاعدتين ما يأتي :

(١) العقد صحيح فيما بين المتعاقدين : يصبح المشتري مالكا بالعقد . وله حق المطالبة بالتسليم ووضع اليد بلا حاجة للتسجيل . وما يملكه ، يملكه خلفاؤه أيضاً من ورثة ومشتريين منه . وإذا حصل تقايل من البيع اعتبر التقايل بيعاً ثانياً ووجب دفع رسوم عليه إذا أريد تسجيله إذا كان قد سبق تسجيل العقد من قبل

(٢) العقد غير المسجل غير نافذ على الغير : فإذا باع المالك عقاره مرتين أو أكثر وجب تفضيل من سجل أولاً وكان شراؤه مشفوعاً بحسن النية . وإذا قرر المالك حق ارتفاق على عقاره للغير ثم باعه وسجل المشتري قبل تسجيل حق الارتفاق فلا ينفذ الارتفاق على المشتري وهكذا

ب - شرط الاستفادة من عدم التسجيل

٥٨١- شرع التسجيل للغير . فالتى يستفيد منه هو الغير . فن هو حينئذ ذلك الغير ؟ ليس الغير هو كل من ترتبت له مصلحة خاصة من عدم التسجيل . بل لا بد في الغير من توافر شروط معينة وهى :

(١) يجب أنه يكونه للغير حقاً عيباً على العقار خاضعاً للتسجيل : كالمشتري وصاحب حق الارتفاق والدائن المرتهن رهناً تأمينياً وصاحب حق الاختصاص^(١) وبوجه عام كل من له حق خاضع للتسجيل سواء كان حقاً عيباً كالرهن والاختصاص أو حق الارتفاق^(٢) ، أو حقاً شخصياً ولكنه خاضع للتسجيل كالمستأجر لمدة تزيد عن تسع سنوات ، وصاحب الاتصال عن الايجار المدفوع مقدماً لمدة تزيد عن ثلاث سنوات . ولكن هناك طائفة من الاشخاص لهم أحكام خاصة :

١- الموهوب اليه : فإذا سجل الموهوب اليه عقد الهبة وتبين بعد ذلك ان الواهب سبق ان تصرف بالبيع في العقار الموهوب قبل الايهاب وسجل المشتري عقده بعد عقد التسجيل ، فهل يجوز للموهوب له التمسك بأسبقية

(١) ج ٣ ص ٦٠٣ و ٦٢٨٦ و ٦٢٨٧ و ٦٢٨٨ (٢) مذكرات دموج ص ٩٤٧

التسجيل وطلب الحكم له بأفضليته في ضم العقار الى ملكه وترك المشتري وشأنه مع البائع الواهب ؟ اذا رجعنا الى القواعد العامة قلنا بالايجاب . ولكن الشارع خالف هذه القاعدة وقرر بالمادة ٦١٧ / ٧٤٤ مدني بأنه « يستثنى من الاصول السالف ذكرها الموهوب له والموصى له بشيء معين ^(١) فإنه لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ^(٢) ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد ذي تاريخ صحيح ^(٣) سابق على تسجيلها » وعلى ذلك اذا تبين أن حق المزاحم للموهوب له مثبتاً بعقد ثابت التاريخ وسابقاً عليه فضل عليه . لان المزاحم هذا عقد عقداً بمعرض مع المالك . وأما الموهوب فلا . وهذا مظهر من مظاهر كراهة الشارع للايهاب . واذا تصرف الموهوب له أو الموصى له في العقار تصرفاً بمعرض بأن باعه مثلاً وسجل المشتري عقده قبل تسجيل المشتري الاول من المالك الأصلي فضل المشتري من الواهب على المشتري من المالك الأصلي . والتفضيل مأخوذ به سواء كان العقد الصادر من الموهوب له عقد بيع أو عقداً ناقلاً لحق عيني عقارى بوجه تام . وفي ذلك تقول المادة ٦١٨ / ٧٤٥ مدني ما يأتي : « وانما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من الموهوب له أو الموصى له اذا سجل عقده ^(٤) أو حقه بالأولية » ^(٥)

قلنا ان المشتري (أو المتعاقد بمعرض بوجه تام مع المالك الأصلي) بعقد ثابت التاريخ مفضل على الموهوب له الذي سجل عقده . ولكن لماذا قرر الشارع هذا التفضيل مع أنه يجوز لهذا المشتري باعتباره صاحب حق دائنية رفع دعوى الابطال على الموهوب اليه وطلب ابطال الهبة بلا حاجة الى اثبات التواطؤ كما تقضى بذلك الاحكام المقررة في دعوى الابطال ؟

قرر الشارع ذلك لان دعوى الابطال لا تقبل الا بعد أن يقوم المدعى بعمل

(١) Légataire à titre particulier (٢) à titre onéreux

(٣) Date certaine (٤) Transcrit son titre (٥) Inscrit son droit de préférence

معين أولاً وهواثبات عوز مدينه أى انها دعوى احتياطية^(١) فإذا ثبت يصر البائع فلا يفلح المشتري (الذى أصبح ذا حق دائنية بسيط) في ابطال العقد . ولكن ينجح المشتري بالمادة ٦١٨ مدنى لمجرد أن عقده ثابت التاريخ وسابقاً على عقد الموهوب له المسجل بعده . — وفوق ذلك فإن دعوى الابطال لا تنجح الا اذا كان عقد المدعى سابق التاريخ على العقد المطعون فيه^(٢)

٢ — الدائنين : الدائن المرتهن يعتبر في عداد الغير . وأما الدائن العادي فلا . لان حق الدائن العادي لم يكن منصباً على عقار معين^(٣) ولكن أليس هناك خطر محقق به اذا وثق بملكية مدينه لمعار ودائنه بناء على هذه الثقة ثم لما أراد التنفيذ على العقار اعترضه مشتر يعقد ثابت التاريخ واحتج به عليه ؛ لذا طالبت بعض الشرائع الحاضرة هذا الخطر وأباحت للدائن العادي حق الاحتجاج على المشتري بعدم تسجيل عقده^(٤)

على ان القضاء المصرى لم يشأ الا أن يبدى رأيه أمام الآراء المختلفة القائمة بشأن الدائن العادي فاعتبر هذا الدائن من طبقة الغير . وقرر بأن العقد الناقل للملكية والصادر من المدين لا يحتاج به على دائنه اذا كان غير مسجل^(٥)

(١) à titre subsidiaire (٢) كابتن من ٩٦٢ ج ٣ ص ٦٠٣
 ٦٢٨٢ و ن ٦٢٨٤ . حتى ولو عمل انذاراً للمشتري وسجله : ج ٣ ص ٦٠٣ ن ٦٢٨٣ .
 (٤) القانون البلجيكي الصادر سنة ١٨٥١ والاسباني (المادة ٦٠٦) والقانون الهولندي (المواد ٦٣٨ و ٦٧٨ و ١٢٧١ و ١٢٧٣) — كابتن من ٩٦٣ . — بلانيول ج ١ ن ٢٦٢٣
 طبعة سنة ١٩٢٠ ص ٨١٦ (٥) وقرر ذلك في حالتين . الحالة الاولى : من المقرر طبقاً لقاعدة العامة التي لا خلاف فيها ان تسجيل حجة الوقت بالمحكمة الشرعية لا يعتبر نافذاً على الدائن المرتهن رهناً رسمياً créancier hypothécaire اذا قيد الرهن قبل تسجيل حجة الوقت . وأضاف القضاء على ذلك ما يأتي : وكذلك لا يعتبر هذا التسجيل حجة على هذا الدائن فيما تقرر له من الدين في ذمة الواقف باعتباره (أى الدائن) هذه المرة دائماً طادياً créancier chirographaire : استئناف م ٢٧ مايو سنة ٩١٤ ، ٢٦ ، ٣٩٨ . ج ٣ ص ٦٥٥
 ن ٦٨٠١ . والحالة الثانية : بأن البيع الصادر من المدين لا يحتاج به على الدائن العادي الا اذا كان مسجلاً : استئناف ٢٨ مايو سنة ٩١٢ م ر ١ ، ١٣ ص ٢٦٦ عدد ١٢٨ ، ميانى (اموال ذهني — ١٠٦)

٥٨٢ — وهناك أحوال يتحول فيها الدائن العادى الى غير وهى :

١ — اذا حصل الدائن العادى على دينه بأن أخذ عقاراً من مدينه ، أى حصل الوفاء بمقابل^(١)

٢ — يبيح القانون الفرنسى لدائى المتوفى أن يطلبوا فصل التركة عن الأملاك الخاصة بالورثة (المادة ٨٧٨ مدنى فرنسى) حتى يكون لهم حق الافضلية على مال مدينهم دون دائى الورثة . فاذا فرض وبيع وارث عقاراً من التركة ولم يسجل المشتري عقده وسجل دائى التركة حق امتيازهم فى عقارات المتوفى (المادة ٢١١١ فرنسى) فلا ينفذ عقد المشتري على هؤلاء الدائين

وأما فى مصر فإن القانون لم يرسم شرط العلانية المقرر بالمادة ٢١١١ مدنى فرنسى لدائى التركة . ولذا اذا اشترى المشتري من الوارث فانا نرى أن عقده ينفذ على دائى التركة سواء سجل أو لم يسجل . ونقول ذلك أخذاً بالقياس مع الرأى الذى أبدناه فيما يتعلق بتعارض المشتري لعقار واحد مملوك للتركة . اشتراه

س ١٣٠ ن ٥٨٩ ، ح ٢٨ س ٢١٣ (والدعوى ان دائئاً عادياً رفع دعوى نزاع ملكية على ورثة مدينه عن عقار مملوك للمتوفى فاعترضه مشتر للعقار من أحد الورثة بعقد غير مسجل فرفض الحكم بعدم نفاذ عقد المشتري من الورث على الدائن العادى للمتوفى مادام أن عقد المشتري لم يكن مسجلاً) والادلة التى استند اليها هذا الحكم ما يأتى : ١ — ان دائى الشخص معتبرون ضمن الغير بالمعنى الوارد بالمادة ٢٧٠ مدنى . وعلى ذلك فالبيع الحاصل من مدينهم لا يتسك به ضدهم الا بعد تسجيله متى كانوا سليحي النية وكانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح : ٢ — ان للدائنين العاديين (ويقول الحكم العرفيين) مصلحة ظاهرة فى عدم اخفاء البيع الحاصل من مدينهم ، وبزول الاخفاء بالتسجيل الذى يرى بطبيعته الى العلانية والاشهار : ٣ — ان بعض القوانين الاجنبية كالقانون البلجيكي والهولاندى والاسبانى اعتبر الدائن العادى غيراً عند عدم تسجيل عقد البيع . ولا يمكن ازاء هذه القاعدة الاجنبية للاعضاء من تعيين قصد الشاوع المصرى فى وضه المادة ٢٧٠ مدنى لانه لم ينس فيها على الحقوق العينية أو الحقوق المترتبة على العقار بل نس على الحقوق على وجه السوم ، الامر الذى يترتب عليه أن كلمة الحقوق تشمل بلا نزاع كل الحقوق الشخصية : ٤ — ان القانون الفرنسى نس على أن البيع غير المسجل لا يمكن أن يحصل التسك به ضد الدائنين العاديين الا اذا كان له تاريخ ثابت على الاقل (بلايول فقرة ٢٦١٧) انظر نقد هذا الحكم فى البيع للهلال بك س ٢٨١ ن ٤٥٠ بالهامش

أحدهما من المورث ولم يسجل عقده، واشتراه ثانيهما من الوارث وسجل عقده .
اذ يقول رأى بنفاذ العقد المسجل الصادر من الوارث ويقول رأى آخر بعدم
تفاذه أخذاً بقاعدة أن لا تركة الا بعد الوفاء بديونها^(١)

٣ . — اذا أفلس المدين وجب على وكيل الدائنين تسجيل حكم ائتمار الافلاس
بقلم كتاب المحكمة الموجودة بها عقارات المفلس (المادة ٢٨٧/٢٩٥ تجارى و٤٩٠
فرنسى) وبهذا التسجيل يصبح الدائنون من طبقة الغير ولهم حق الاحتجاج
بعدم تسجيل عقود من تعاقدوا مع المدين تعاقداً عينياً عقارياً^(٢)

٤ . — وما القول بشأن الدائن المادى الذى سجل تنبيه نزع الملكية فهل
يعتبر غيراً هو الآخر ؟ يقرر القانون المختلط بأن تسجيل التنبيه يمنع المدين من
التصرف (المادة ٦٠٨ مرافعات مختلط) ويقرر القانون الاهلى بأن يلحق الثمرة
بالمعار (المادة ٥٤٥ مرافعات أهلى) ولكننا قلنا بأن الحكم فى الحالتين سواء^(٣)

(٢) يجب أنه يكون عقد المبيع خاضعاً للقانون ومطابقاً للمطامير : بمعنى
أن يكون عقداً من العقود الخاضعة للتسجيل . فالمستأجر لعقار لمدة تزيد عن تسع
سنوات يحتاج على المشتري اذا سجل هذا المستأجر عقده طبقاً للمادة ٦١٣ مدنى .
واذا كانت المدة أقل فله فقط اثبات تاريخه . والموصى اليه لا يحتاج بعدم تسجيل
عقد التصرف الصادر من الموصى . لان التملك بالوصية تملك بسبب الوفاة وهو
غير خاضع للتسجيل

(٣) يجب أنه يكون المتنازعاه قد ملأ عن شخص واحد : وهذا هو
المستفاد من الاصول العامة للتسجيل اذ أريد به كشف الستار عن الخفاء فى
المعاملات العقارية وعلى ذلك :

(١) الاثبات ج ٢ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ (٢) كولين وكاتبان ص ٩٦٤ — جرانمولان
فى التأمينات ص ٢٥١ ن ٨٧٥ (٣) الاثبات ج ٢ ص ٣٦٩ — ٤١٥ — كاتبان ص
٩٦٤ — ٩٦٥ لانه يستحيل التنبيه على كل حال بتقرير حق لصاحب التنبيه على المعار ١١٦
droit sur l'immeuble ص ٨٩ ، ١ ، ٦٥ مذكرات مجموع ص ٩٤٨

(١) اذا اشترى مشتر أول عقاراً من المالك الحقيقي ^(١) ولم يسجل عقده ثم تبين أن العقار قد اشتراه مشتر ثان بحسن نية من غير المالك الحقيقي ^(٢) وواضع اليد عليه فهل لهذا المشتري الثانى حق الاحتجاج على المشتري الاول بسبب عدم تسجيل العقد (أى عقد المشتري الاول) ؟ لا يجوز له ذلك لان المشتريين لم يشتريا من شخص واحد ^(٣)

(٢) الاشكال بين خلفى المشتري : اشترى المشتري وقبل أن يسجل عقده رهن العقار لدائن. ثم سجل عقد مشتراه ورهنه ثانياً لدائن آخر. فهل يجوز للدائن الثانى حق الاحتجاج على الدائن الاول والادعاء بالافضلية عليه لان رهن الدائن الاول تقرر فى الوقت الذى لم يتسجل فيه عقد الشراء ، أى فى الوقت الذى لم يكن عقد الشراء حجة على الغير. ؟ لا يجوز ذلك لان كلا من الدائنين يستمد حقه من المدين العام لها بصرف النظر عن اشهار عقد الشراء أو عدم اشهاره . وكيف يمكن أن يشكو الدائن الثانى من عدم تسجيل عقد الشراء ؟ فاذا كان يريد الاطمئنان فما كان عليه الا أن يكشف بالسجلات فيرى عقد الرهن الاول سابقاً عليه ^(٤)

(٣) قد يحصل أن الشخص الذى يريد الاستفادة من تسر التصرف وعدم اشهاره هو نفس المالك بالذات . نعم ولو أن الامر غريب ولكنه يقع عملاً . ذلك انه اذا فرض وباع زيد عقاراً مملوكاً لعمر الى بكر ولم يسجل بكر عقبه . وجاء صر المالك الحقيقي وطلب عقاره بعد مضي خمس سنوات الى بكر . فادعى بكر ملكيته بالتقادم الحمى بالسبب الصحيح وحسن النية . فهل يجوز لعمر الاحتجاج على بكر بعدم تسجيل عقده (أى عقد بكر) ؟ قال بالايجاب بعض أحكام فرنسية لان للمالك الحقيقي حق على عقاره . وعلى ذلك فهو يدخل ضمن طائفة المحتجين بعدم التسجيل . وقالت أحكام فرنسية أخرى بالسلب . وحجتها أن المتنازعين

(١) Verus dominus (٢) Non dominus (٣) كابتان ص ١٦٧

ج ع ص ١٠٥ و ١٣٠٣ (٤) كابتان ص ١٦٧

ليسوا مالكيين عن شخص واحد ولان شروط التملك بالتقادم الحمسى متوافرة^(١)

٥ - أحكام تكميلية

٥٨٣ - ١ - تقول المادة ٢٧٠/٣٤١ مدنى بنقل الملكية العقارية في البيع بأسبقية التسجيل على شرط حسن النية . ونرى الاخذ بهذه المادة في جميع الأحوال^(٢) أى سواء كان النزاع حاصلًا بين مشتريين أو مشتر ومترهن أو مترهن وصاحب اختصاص . بحيث لا يفضل صاحب العقد المسجل أولاً غيره الا اذا كان حسن النية^(٣)، أى أنه غير متواطئ مع المملك له . أما اذا تواطأ فلا يؤخذ بالافضلية بأسبقية التسجيل . على أن هناك رأياً يقول بعدم لزوم التواطؤ بل يكفي مجرد العلم . ونظن ان الرأى الاول هو الارجح^(٤)

٢ - لا يترتب على عدم التأشير بالاحكام الصادرة بالغاء أو فسخ عقد مسجل من قبل زوال الاثر القانونى في ذاته للحكم . وعلى ذلك يجوز الاحتجاج بهذه الاحكام ولو أنه غير مؤثر بها بسجلات التسجيل على الغير الذين تعاملوا مع المالك الظاهر وهم يجهلون صدور هذه الاحكام الملغية أو المعدلة^(٥) والجزء هو تغريم الكاتب بغرامة ٥٠٠ جنيه

٣ - هبة العقار لا تنفذ على الغير الا اذا كانت مسجلة . فاذا لم تسجل تعدت على طرفيها لا على الغير . ويدخل في طائفة الغير الدائنون العاديون للواهب لا ورثة الواهب^(٦)

(١) كابتان من ٩٦٨ ج ٢ ص ٢٩٨ - ٣٢٣ - كابتان من ٩٦٨ - الملأ بك من ٢٧٩ ن ٤٤٧ وما بعدها ، وهو هذا الرأى الذى أقره القضاء الفرنسى أخيراً وذلك أن مالكا باع لاجنبى عن أسرته عقاراً . ولما آخذه أهله على اخراج العقار الموروث له من أملاك أسرته سارع الى بيعه لابنه الذى سجل قبل تسجيل المشتري الاول . وقضت دائرة المراضى بمحكمة النقض الباريسية بعدم نفاذ العقد الثانى لحصول غش fraude بين الاب والابن اضراً بالمشترى الاول : س ، ٩٢٤ ، ١ ، ١٨٢ ومذكرات دموج من ٩٥٠ (٥) كابتان من ٩٦٦ - ٩٧٠ (٦) على أن هناك خلافاً بالنسبة لورثة اذ يقول البعض باعتبارهم غيرا . كابتان من ٩٧١

٤ - « في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الاخير منها » (المادة ٧٤٦/٦١٩ مدني - راجع رأينا في تفسير هذه المادة بكتابتنا في الاثبات ص ٣٢٩ - ٣٥٩)

٦ - في نقد نظرية التسجيل

٤٨٤ - يأخذ النافذون على نظرية التسجيل التي أوجزنا وجوها هنا ما يأتي :

- (١) يلاحظ عليها التفكك في قواعدها وعدم انسجامها
- (٢) انها لا تقرر اداة واحدة لحماية أصحاب المصالح لانها تحرم جماعة الدائنين المعادين من حق التمسك من عدم التسجيل لانها اعتبرتهم في غير عداد طائفة الغير على أنهم أولى بالرعاية
- (٣) انها غير كافية اذ أخرجت من قيود التسجيل نقل الملكية بسبب الوفاة^(١) ويلاحظ هنا ما يأتي :

١ - كان يجدر بالشارع اخضاع نقل الملكية بسبب الوفاة الى قيود التسجيل منماً لما يحتمل أن يقع من المخاطر . ذلك انه يحصل ان دائناً يرهن عقاراً تملكه الوارث عن مورثه . ثم لا يلبث أن يرى أن المتوفى قد أوصى في حياته بهذا العقار لغير فيأني الموصى اليه ويطالب بالعقار اضراً بال دائن لان الرهن صدر من غير مالك^(٢)

٢ - وفي حالة نقل الملكية بسبب الوفاة من طريق الارث بلا وصية سابقة^(٣) لا يحصل تسجيل نقل الملكية . والسبب في ذلك أنه ليس هناك عقد ناقل للملكية يصح نقله بسجلات التسجيل لان سبب التملك هو القانون بالذات أو القرابة^(٤) وفي ذلك تقول المادة ٧٣٦/٦١٠ مدني ما يأتي : « ملكية

(١) Mutation à cause de mort (٢) A non domino

(٣) أى في حالة Mutation par succession ab intestat (٤) كابتان ص ٩٧٣ .

المعار والحقوق المتفرعة عنها اذا كانت آيلة بالارث تثبت في حق كل انسان بثبوت الوراثة . وربما كان يجدر في هذه الحالة بالوارث أن يعمل في الحصول على شهادة بالوراثة ، أى على اعلام شرعى مثلاً ثم يجرى تسجيله . وقد عمل الشارع المصرى على التخفيف من وطأة هذه القاعدة بوضعه المادة ٦١٧ / ٧٤٤ الخاصة بالموهور اليه والموصى اليه في أنه لا يجوز لها الاحتجاج بمقدمها المسجل ضد من تلقى بمقابل حقاً عينياً من الموهر أو الموصى بمقد ثابت التاريخ .

ولقد طالج القضاء الفرنسى هذا النقص الحاصل بفأف عدم تسجيل نقل الملكية بسبب الوفاة اذ قرر بأن تصرفات الوارث الظاهر ^(١) صحيحة . ويراد بالوارث الظاهر من يضع يده على التركة بعضاً أو كلا ويظهر أمام الناس باعتباره الوارث فيتصرف فيما ورثه ويتعامل الناس معه بحسن نية وعلى هذا الاعتبار . ثم يأتي بعد زمن الوارث الحقيقي فيدعى ملكيته لما حصل التصرف فيه فلا يقبل القضاء الحكم له لما فيه من النتائج الضارة بالحسنى النية اذ لا يؤخذ عليهم تقصير ما . ومن ذلك تقرر هذه القاعدة الشهيرة في أن للغلط الشائع حكماً يحكى حكم القانون ^(٢) وربما كان المسوغ لها في الوقت الحاضر هو المادة ١٥١ / ٢١٢ و ٢١٣ مدنى و ١٣٨٢ فرنسى باعتبار أن الوارث الحقيقي مخطئ أو مقصر وأنه يجب عليه اصلاح الضرر الذى أحدثه . وأضمن الوسائل لهذا الاصلاح هو ترك الحال على ما هي عليه ، أى حرمانه من استرداد ما يستحقه بالارث نظير خطأه . ويحكى هذا المسوغ الثانى نفس المسوغ الذى رجع اليه في القرن الثامن عشر عند ما تقرر قاعدة حيازة المنقول سند تملكه ^(٣)

٤) ويلاحظ الناقدون على نظرية التسجيل أيضاً أنها أرادت بالتسجيل اعلان صحة العقد بالنسبة للغير . وأما العقد بين العاقدين فصحيح تسجل أو لم

Error communis facit jus (٢)

Héritier apparent (١)

(٣) كتابان ص ٩٧٤ والملاحية ١ — والملاحية ١ من صفحة ٩٧٢ — الالتزامات ص

يتسجل . ولاحظ الناقدون على ذلك أن القانون بينما يقرر الاطلاق في الملكية اذ هو يقيد بها بالتسجيل فكأنه يقول بالاطلاق والقيد معاً . وهذا تناقض في تقرير الاحكام القانونية

وقد أراد واضعو التسجيل من التسجيل تثبيت الملكية العقارية وتركيزها على أساس ثابت . ولكن يقول البعض يظهر أن الرغبة لم تتحقق لان التسجيل اختياري . واذا حصل فانه لا يدل مع ذلك على صحة نقل الملكية بالذات^(١) فاذا كان العقد معيباً أو مشوباً بما يهدده بالبطلان والالغاء والنسخ فلا ينفعه التسجيل ولا يرفع عنه هذه الشوائب . وربما كان ادل الادلة على عدم تحقق رغبة واضعي التسجيل كثرة القضايا في انواع النزاع المختلفة بشأن نقل الحقوق العينية العقارية

٧ - في بعض المناهج الاجنبية في نقل الملكية

٥٨٥ - تجرى التشريعات الاجنبية في الوقت الحاضر على خلاف الطريقة المتبعة في التسجيل . اذ تعمل على جعل العقد الناقل للملكية ضامناً ضمناً محققاً بالذات في نقل الملكية ، وتجري في هذا الطريق على ما كان الامر معروفاً به عند الرومان عند ما كان يحصل التعاقد على نقل الملكية امام القاضي^(٢) من طريق التنازع الصوري . وبهذا يأمن المشتري مفاجأة الغير له فيما بعد بالطعن في العقد . وهناك طريقتان اتبعتا في هذا الشأن . طريقة القانون الالماني وهي طريقة السجلات المقارنة^(٣) التي أقرها القانون الالماني المنشور سنة ١٩٠٠ (وكانت موجودة من قبل أي من سنة ١٨٧٢) وطريقة تورنس^(٤) المأخوذ بها باستراليا ، ومع بعض التعديل بتونس بقانون سنة ١٨٨٥ ، وبعض المستعمرات الفرنسية

(١) الطريقة الالمانية : قررها القانون الالماني (المواد ٨٧٣ - ٩٠٢ مدني)

(٢) Cessio in jure (٣) Régistres fonciers (٤) Torrens

ويوجد بكل مديرية سجل عقارى^(١) ويجب أن تسجل به جميع العقود الخاصة بنقل الحقوق العقارية^(٢) والخاصة بأنواع اجزاء الملكية^(٣) فإذا تسجل العقد أصبح فى مأمن عن المطاعن التى تهدده فى وجوده ومن أهم أشكال التفرقة بين التسجيل الألماني هذا والتسجيل المصرى المأخوذ عن التسجيل الفرنسى ما يأتى :

١ — ان امين الرهونات^(٤) او حافظ السجل بمصر يلعب فى عملية التسجيل دوراً سلبياً بحثاً . ذلك ان مهمته تقتصر على مجرد التسجيل او القيد ، او بمباراة اخرى على نقل الوثيقة المقدمة له نقلاً . واما فى المانيا فان حافظ السجل^(٥) لا يأمر بالتسجيل الذى يترتب عليه نقل الحق العيني العقارى^(٦) الا بعد ان يتأكد من صحة^(٧) العقد الخاص بتقرير الحق العيني العقارى^(٨) ولذا اذا تبين لتقاضى السجل هذا^(٩) ان العقد المطلوب تسجيله لم يصدر حقيقة من المالك الحقيقى^(١٠) فانه لا يسجل بل يرفض التسجيل وهذه الوسيلة يصبح أمر نقل الحقوق العينية العقارية فى مأمن من الطعون العديدة وتصبح الملكية وقد توطدت دعائمها ورسخت بحيث لا تقبل الطعن من الطاعنين ولذا أصبحت دعوى تثبيت الملكية ودعوى التملك بالتقادم فى القانون الألماني ذات اثر ضعيف ان لم يكن قد زالتا بالمرة^(١١)

ويعيرون على هذه الطريقة الألمانية فى موضعين : أولاً . أن فى جعل التسجيل شرطاً لنقل الملكية أمراً يستفاد منه تمويد الافراد على أن نقل الملكية هو منحة

(١) Régistre foncier أو Grundbuch (٢) Mutations immobilières

(٣) Démembrements de la propriété

(٤) Conservateur des hypothèques (٥) Grundbuchrichter

(٦) Immatriculation (٧) Validité (٨) Mutation

(٩) Juge du registre (١٠) Verus dominus (١١) وفيما يتعلق

بنقل الملكية بسويرا أنظر المواد ٩٤٢ — ٩٧٧ مدنى ، ونقل الملكية بانكثرا أنظر كتاب Laverge سنة ٩٠٥ — كابتلان ج ١ ص ٩٧٥ الحاشية ١ — مذكرات دموج ص ٣٩٠

واستقاط من جانب الحكومة . ثانياً . ان من المحتمل وقوع أغلاط في تقرير القاضى لنقل الملكية بالتسجيل ، لان هذا النظام لم يخرج عن كونه نظاماً من النظم التى لا يمكن معها الجزم مطلقاً بعدم حصول خطأ . وعلى ذلك اذا صدر قرار القاضى بالتسجيل وكان مخطئاً فقد قراره وقار الفاسد وذهب المالك الحقيقى ضحية هذا الخطأ . ولكن ربما تعالج هذه الحال نادرة الوقوع بدفع تعويض الى الشخص المضار . ويؤخذ التعويض من مبلغ يخص لهذا الغرض يسمى مبلغ الضمان ^(١) ويعتبر بمثابة « خزينة تأمين تبادلى ضد مخاطر الغلط ^(٢) » ويجوز امداده وتقديته برسوم تكميلية تضاف على رسوم التسجيل

٢ . — والطريقة الالمانية ميزة أخرى على الطريقة المصرية . ذلك اننا رأينا أن طريقة التسجيل عندنا وفرنسا لا تحمى المشترين ، الذين تعاملوا بوجه طام . تعاملأ عينياً عقارياً مع المالك الاصلى ، من المالك الاصلى ضد خطر شروط التسع ذات الاثر الرجعى وهى الشروط التى تعيب عقد المملك لهم (وقد لاحظنا أن القانون المختلط يحمى الدائنين المرتهنين رهنا رسمياً فى بعض الاحوال)

وأما الطريقة الالمانية فانه يجب على من يريد التمسك بالشرط الخاص بالقسوخ أو طلب الحكم له بشرط القسوخ ، اشهار رغبته هذه والاعلان عنها بواسطة التأشير بالسجلات ^(٣) وبذا يتمكن الغير من معرفة ما يحيط العقار الذى يتعاقدون من أجله مع المالك له على مبلغ ما يحف به من المخاوف والمخاطر المحتملة ^(٤)

٣ . — وتختلف طريقة التسجيل الالمانى عن التسجيل المصرى من الوجهة المادية فى أن التسجيل عندنا يرجع الى أسماء العاقدين . والسجلات موضوعة بكيفية ترجع للاسماء . بمعنى أنه لاجل الوقوف على تاريخ العقار محل العقد المطلوب تسجيله فانه يجب على ذلك معرفة جميع أسماء المالكين السابقين لمدة لا تقل عن ١٥

سنة اللراء مع أخذ الحيطة في عدم الوقوع في غلط يتعلق بهذه الامماء^(١).
وأما التسجيل في المانيا فهو تسجيل عيني أى ان طريقة العلانية ترجع للعين
بالذات لا للامماء^(٢) بمعنى ان السجلات العقارية موضوعة بحيث يمكن الرجوع
لا للاشخاص بل لقطع الاراضى بالذات . واسكل قطعة من الارض يمان يرجع
لصاحبه فك الزمام^(٣) ولها صفحة خاصة بها^(٤) تبين ما تنحله من أن لأن من
الحقوق العينية العقارية على اختلاف أنواعها سواء كان الحق خاصاً بنقل الملكية
كاملة أو بنقل جزء منها

(٢) طريقة تورينس^(٥) : أما طريقة تورينس هذه فهي تختلف في الحقيقة

(١) وجرت العادة بفرنسا أن جماعة الموقنين يحتفظون عندهم بملفات خاصة بالاسرات بحيث
يوجد لكل اسرة ملف تبين به درجات القرابة والنسب

(٢) Publicité réelle (٣) Parcelle cadastrale (٤) Feuillet

(٥) Torrens (وهو السير روير تورنس اذ لاحظ وهو باستراليا البلد الاستعماري
لانكارا عند ما كان محافظا بها gouverneur أن اراضى كثيرة كانت تمنح الحكومة
للالعمال colon ، وكانت تقيد بدفترها اسماء من تمنحهم . فاذا تنازع الالهالى في قطعة من
هذه القطع سهل على الحكومة الامر في معرفة من هو المالك لها من طريق المنحة الحكومية
فتقضى له بها . وأما اذا كان التنازع حاصلًا بشأن قطعة أخرى غير قطع المنح الحكومية فان أمر
معرفة المالك الحقيقي يصعب دقياً . لذا فكر السير روير تورنس في أن يجعل جميع الاراضى
المملوكة للأفراد بحالة تشبه حالة الاراضى المنوحة ، أى فكر في البحث عن طريقة يمكن بها معرفة
حقيقة المالك الاصلى وهى تلك الطريقة في ان السلطة الادارية تتولى تحقيق الملكية ولن هى ثم
تقضى له بها (مذكرات دموج ص ٩٢٨) ويظهر أيضاً أن السير تورنس قد كان مدفوعاً
الى ابتكار طريقة السجلات المقاربية بوسائل اكتسبها لما كان مراقباً بمصلحة الجمارك باستراليا
ثم تبين بعد ذلك أمين المقود بها conservateur des actes وذلك أنه كان يلاحظ أن الامر
سهل في معرفة ملاك السفن التى كانت تندو وتروح جيئة وذهاباً اذ كانت قيد اسماء ملاكها
بمينا التسجيل port d'enregistrement يسجل مبدل ذلك . فاذا أريد التصرف في السفينة وجب
الاطلاع على هذا السجل لمعرفة المالك الحقيقى لها ولا ينفذ التصرف من الوجهة القانونية الا بعد أخذ
قبول قلم التسجيل bureau d'enregistrement وقيد بالسجل . لا لاحظ ذلك تورنس فكر
بمبدل في نقل هذه القاعدة الى حالة التصرف في الاراضى بان يستبدل مينا التسجيل ببلد أو قرية
تكون مركزاً للتسجيل : أنظر الوثيقة الثالثة document نمرة ٥ / ٨ ص ٤ — ٥ من مجموعة
تقارير لجنة السجلات المقارية عن سنة ١٩١٧ — ١٩٢١ Rapports de la commission
des Livres Fonciers, 1917 — 1921.

عن الطريقة الألمانية كما قررها القانون المسمى بقانون تورينس^(١) ونشر بإستراليا سنة ١٨٥٨ وعمل به هناك . وترجع لهذه الطريقة الى اعتبار نقل الملكية والحقوق العينية المقاربة. مظهراً من مظاهر المنحة من جانب السلطة العامة^(٢) . ولكن التسجيل في ذاته أمر اختياري . فإذا طلب المالك التسجيل تولت الادارة درس أوراقه ووثائقه . وبعد ذلك تعمل هذه الادارة^(٣) على اخبار الغير من طريق الاشهار والملاينة والتنبيه عليهم^(٤) بأن من يدعى حقاً على العقار يجب عليه أن يبين وجه هذا الحق . وعلى حسب هذه الطريقة يوجد هناك صحيفتان^(٥) لأجل وصف العقار وبيان حالته وتعيين أنواع التكاليف^(٦) المقاربة المحمل بها . وتعتبر احدى هاتين الصحيفتين بمثابة سجل عام^(٧) وتسلم الصحيفة الاخرى^(٨) الى المالك ومن شأن هذا التسجيل أن يجعل الملكية كما في ألمانيا في مأمن من المطاعن بحيث يطمئن المالك مما يدعيه الغير من حق عيني على العقار قبل التسجيل . واذا أراد هذا المالك أن يقرر حقاً عينياً جديداً على العقار فإنه يتفق مع من يتعاقد معه على كتابة الامكنة المعدة للكتابة في صحيفة مطبوعة معدة لهذا الغرض^(٩) ويبحث بها بعد كتابتها الى الادارة . وتورد الادارة له هذه الصحيفة المطبوعة بعد ان تبين بها ما يشير الى تقرير هذا الحق العيني المقارى الجديد . وكذلك الحال فيما يتعلق بنقل الملكية فإنه يتبع فيها نفس هذه الطريقة . أى ان الادارة في هذه الحالة الاخيرة تلتقي الصحيفة القديمة وهي التي كان يملك بمقتضاها البائع ثم تحلها بصحيفة أخرى تسلمها الى المالك الجديد .

وتسفر طريقة تورينس كما تسفر الطريقة الألمانية عن قطع خط الرجعة على المنازعات التي تقوم بشأن ملكية العقار أو الادعاء بحقوق عينية عليه ، بمجرد حصول التسجيل ولكن يظهر ان طريقة تورينس ربما تقسح المجال لدى وسائل

(١) Act torrens (٢) Investiture publique (٣) Administration
(٤) Mise en demeure (٥) Feuilles (٦) Charges
(٧) Régistre public (٨) Exempleire (٩) Formule

هذا وقد حاولت فرنسا بواسطة بعض رجالها الاخصائيين ادخال نظام السجلات العقارية وجعل التسجيل اجباريا ومن طريق الالتزام . وكونت لجنة هناك لهذا الغرض سنة ١٨٩١ ولكنها لم تصل الى تحقيق الغرض المرجو . وربما كان السبب في ذلك ان من شأن ادخال السجلات العقارية ضرورة تعديل فك زمام الاراضى وهذا يدعو لمصاريف حمة ووقت طويل . وربما كان التعديل واجبا من وقت لآخر نظراً لما يطرأ على قطعة الارض الواحدة من التغيرات العديدة للأيدي المختلفة نظراً لنظام الميراث وانتقال الملكية بالارث. وربما نشأ عن تعدد التعديلات اضطراب في تقرير العلانية تقريراً ثالثاً^(٢)

(٢) وفيما يتعلق بتطور فكرة نظام المحرر العقارية أنظر مثالا كتيبة موسيو ديرو Dereum مجلة Revue trimestrielle de droit civil سنة ١٩٢٥ م ٢٨٢ — ٢٩٩ إذ بين به صاحبه الادوار التاريخية التي مرت على هذه الفكرة وأشار فيه الى القانون المصري الاخير الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ (م ٢٨٤) والهامش ١ وتكميله بالصفحة ٢٨٥) والى القانون المعمول به الآن ببلاد الاثراس والورين والى القواعد الاربعة الخاصة بالسجلات العقارية (م ٢٨٩ — ٢٩٦) والى احدها القائلة بان كل عقد لم يقيد بالسجل العقارى يعتبر كأنه لم يكن بالنسبة للمتعاقدين (م ٢٨٩) وقال بان هذه القاعدة تختلف القاعدة العامة المقررة بالقانون الفرنسى وأنها هى القاعدة المأخوذ بها الآن فى البلاد التى ادخلت عندها نظام السجلات العقارية . ويقول أنصارها بان الفرض منها تحقيق فكرة تسجيل انتقال الماكية بحكم القانون Automatiquement Dedoublement de la propriété على الفكرة القائلة بوجود ملكيتين على واحد Dedoublement de la propriété والقضاء على الفكرة الناشئة من أن المشترى يعتبر مالكا قبل البائع ولا يستمر مشريا قبل الغير عند عدم تسجيل العقد (م ٢٩٠) وقد لاحظ صاحب المقال أن لاصحة لملاحظة أنصار نظام السجلات العقارية وأنه لا صحة لما قاله أنصاره في أنه يترتب على الاخذ بالقاعدة اضطراب في المعاملات بل على العكس فان من شأن نظام السجلات العقارية ايقال الاضطراب في مجال المعاملات بين الافراد. ولاحظ أن الناس اعتادوا وهم تحت نظام السجلات العقارية على أن يشترطوا في العقود شرطا يقضى

أما وقد انتهينا من القسم الاول الخاص بالتسجيل بمصر قبل يناير سنة ١٩٢٤
فاننا نأخذ الآن في بيان أحوال هذا القانون الجديد الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣
رقى ١٨ و ١٩ وهو موضوع القسم الثانى

بين الطرفين فقط inter partes بأن السقط cédant قد أسقط قبل التسجيل جميع الحقوق
الترتبة على حق الملكية . وقرر صاحب المقال بأن النفية الشاملة في فرنسا عند المشترين للمقارنات
والذين لم يسجلوا عقودهم انهم يطمئنون الى أنه لا يوجد افراد من طبقة الغير ينشأونهم في
حقوقهم ، وقال بأن القانون الاثنى تضمه القى قرر ضرورة نقل الحقوق المبينة بالتسجيل لم يحظر
من طريق آخر على الملك الاصلى في أن يتخلى بطريقة شخصية titre personnel فمن حقوقه
المقررة له على المقارن قبل التسجيل بالسجل العقارى (ص ٢٩٣ . وهذا أشار صاحب المقال الى
نص المادة الاولى من قانون التسجيل المصرى وما قرره عبرتها قبل الاخيرة من أنه > لا يكون
المقود غير المسجدة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين > (ص ٢٩٣ المامش ١)
وقال صاحب المقال بشأن القاعدة الرابعة الخاصة بالسجل العقارى أنها تقول > بأن الحق المقيد بالسجل
العقارى يمتد بوجوده قانوناً في نظر الغير > وأن هذه القاعدة مستفادة من المادة ٨٩٢ مدنى
ألمانى . وإن القضاء يفسر هذه المادة بأن القيد بالسجل يمتد في مصلحة الغير لا ضد الغير وأنه يجب
على الغير الذى يستفيد من القيد بالسجل أن يكون حسن النية وأنه يجوز اثبات النية بجميع أوجه
الاثبات (ص ٢٩٤) . ويلاحظ صاحب المقال أن القيد بالسجل العقارى تصبح بناء على ذلك من الضعف
بحيث لا ينتج النتائج المرجوة منه . ويجوز حينئذ طلب إلغاء القيد اذا عمل اضراراً بالذاتين
(ص ٢٩٥) وقال بشأن القاعدة الرابعة الثالثة بأنه يترتب على القيد تقرير الحق بالنسبة للمقدين
أنها لا تحول دون اثبات النافذ أو النش الحاصل بشأن القيد المسجل أو اثبات أى عيب من العيوب
المفسدة للقيد (ص ٢٩٥) . ويلاحظ صاحب المقال أن ذلك هو الدافع في نظام التسجيل الحاضر .
ثم قرر بأن الفكرة القائلة بتقرير قوة اثبات مطلقة للسجل العقارى لم يجمع الآن قاعدة أساسية
لنظام السجل العقارى (٢٩٦) وقال بأنه يترتب على الاخذ بقوة الاثبات المطلقة للقيد ضرورة
تقرير قواعد خاصة ودقيقة تتماق بتجديد التاريج cadastre من وقت لآخر وتعلق بضرورة
لخص حجة كل قيد على حدة légalité d'inscription ودرس ككل عقد وما اكتفنه من
ظروف معينة . وأنه يترتب على ذلك تشدد مستمرين جماعة محررى العقود وهم في الغالب الموتون
وين قاضى السجل juge du livre foncier بما ينجم عنه تراخ في سير المماثلات بين الافراد
وأنه بينما يكون من السهولة بمكان تسجيل القيد بالسجلات العامة الخاصة بالرهونات وغيرها كما هو
المتبع الآن ، فانه يكون من الامور الصعبة والقاسية تسجيل القيد بالسجل العقارى (ص ٢٩٨)
وقرر صاحب المقال في خلاصة قوله بأنه ما دام قد تبين أنه ليست هناك أهمية كبرى لقوة اثبات
السجل العقارى ، فقد يكون من المستحسن حذف القيد بالسجل العقارى ، والاكتفاء بقاعدة
التسجيل العادى مع عدم تسجيل القيد ظاهر اليب Acte manifestement informe . اه

التماعد وتقرير الحقوق العينية العقارية

في أول يناير سنة ١٩٢٤

(١) التمهيدات التحضيرية والتشريعية

لقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

٥٨٦ — نعلم أن التسجيل بمصر على ثلاثة أنواع : تسجيل أهلى وشرعى ومختلط . وأوقف العمل بالتسجيل الاهلى فيما يتعلق بالمقود والاحكام الصادرة فى الدعاوى . ولكنه قائم فيما عدا ذلك وفى دعوى الشفعة . والتسجيل المختلط قائم فى جميع الانواع ويرجع اليه المصريون والاجانب . أما الاجانب فلأن التشريع المختلط لم وللمصريين معاً . وأما المصريون فاتهم لما رأوا أن الحكومة لم تعمل على تنفيذ المواد ٦٢٢ وما بعدها مدنى والمادة ٤٧ من لأئحة انشاء المحاكم الاهلية ولوا وجوهم شطر المحاكم المختلطة وأخذوا يسجلون عقودهم بها سواء كانت المقود حاصلة فيما بينهم أو فيما بينهم والاجانب . وأما التسجيل الشرعى فهو خاص بالوقفيات ، اذ يعتبر تسجيلها هذا الشرعى حجة على المصريين والاجانب معاً ، ويجوز للمصريين تسجيل عقودهم بالمحاكم الشرعية . ولكن يمنع هذه المحاكم عن تسجيل العقود التى ترى فيها تنافراً مع الاصول الشرعية كمقود القرض والرهن بفوائد

ومن ذلك يتبين أن جهات التسجيل بمصر ثلاث . فإذا أراد صاحب شأن أن يتأكد من صحة تماعد ، أو من صحة اجراءاته اذا أراد القيام بنزع ملكية مدينه (أهلياً) أو توقيع الحجز العقارى عليه (مختلطاً) أو توقيع اختصاص على عقار مدينه وجب عليه البحث فى سجلات هذه الجهات الثلاث حتى يتأكد من صحة ما يجريه . فإذا أهمل البحث فى جهة من الجهات كأن أهمل البحث فى

سجلات المحاكم الشرعية فيما يتعلق بتسجيل الوقفية ، تحمل نتائج هذا الإهمال بما يهدد عمله من المخاطر التي لا مفر منها فيما إذا اشترى أو ارتهن عقاراً تبين فيما بعد أنه موقوف

ولما دخلت مصر في دور النمو الاقتصادي وأخذت يشطر في الحركة الاقتصادية العالمية ونزح إليها الأجانب بأموالهم ومصارفهم المالية شعر الشارع من زمن بعيد يرجع عهده إلى سنة ١٨٨٠ إلى حاجة ضرورة تعديل نظام التسجيل بمصر تعديلاً يشمل توحيد جهات التسجيل أولاً ، وتنظيم التسجيل في ذاته ثانياً . وكان في الأخذ بطريقة تورينس في التسجيل والطريقة الألمانية وتطبيق البعض منها بتونس أثر ظاهر عند الشارع المصري . فلم تمر عليه هذه الطرق المختلفة في التسجيل دون أن يرقبها عن بعد . ولذا فكرت الحكومة المصرية في تعديل التسجيل بمصر وإنشائه انشاءً جديداً طبقاً للبداية الحديثة المقررة بطريقة تورينس والطريقة الألمانية . وعرضت الحكومة المصرية فعلاً مشروعين خاصين بهذا الشأن على اللجنة الدولية المختصة لفحص المشاريع القانونية التي تصبح قوانين يعمل بها بالمحاكم المختلطة لتطبيقها على المصريين والأجانب ، وذلك قبل تعديل المادة ١٢ مدني الحاصل بقانون رقم ١٧ سنة ٩١٢ وهو التعديل الذي أباح للجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة الموافقة على المشروعات القانونية لتكون قانوناً مختلطاً نافذاً بالمحكمة المختلطة باعتبارها دستور هذه المحاكم . وكان أحد المشروعين متعلقاً بتوحيد أقلام التسجيل . والمشروع الآخر متعلقاً « بادخال طريقة لتقيد العقود حسب المقرر في طريقة تورينس السابقة الذكر وفي القوانين المتبعة في ألمانيا وتونس وبلاد آخر » . ^(١) أي ان هناك مشروعين مشروع توحيد التسجيل ^(٢) ومشروع السجلات العقارية ^(٣)

(١) تقرير المستشار القضائي النسخة العربية سنة ٩٠٣ ص ٢٣

(٢) Unification du système de publicité (٣) Livres Fonciers

١ - المشروع الاول : مشروع توحيد التسجيل

٥٨٧ - أريد به رفع ما يقع من الاضطراب والنوضى في البحث وتمعد مواطن البحث . وورد به تقسيم القطار الى عدة أقسام تعمل بقلم تسجيل واحد . ولا تسجل الا العقود الرسمية . وقالت بهذا القيد اللجنة الدولية ووافقت عليه الحكومة . والغرض منه دعوة الماقدين الى الاستعانة بموظف اخصائى (الموثق) لتحرير عقد مكفول الضمانات الحامية له بما يحكى ما كان متبعاً بمصر من قبل في تحرير العقود الرسمية بطريقة الزامية بالمحاكم الشرعية عن الاطيان الخراجية ^(١) وفي ذلك أيضاً قضاء على جرائم التزوير التى يكثر وقوعها بالعقود العرفية مع شيوع التوقيع بالاختام ، وعلى الاخص اذا كان الشارع لم يشترط فى الازمان الماضية ضرورة المصادقة على الامضاء من موظف حكومى والتحرير من طريق التوثيق يرفع ما يغمض فهمه أحياناً من عبارات مبهمه تكمن فى سلور العقد . ولقد تساءلت اللجنة الدولية فى ماهية العقود الرسمية الخاضعة وحدها للتسجيل وهل تدخل فيها العقود المحررة بمعرفة القناصل بمصر عن عقارات مصرية ، والعقود المحررة خارج مصر عن عقارات مصرية ؟

فمن الاول فان القضاء القنصلى غير مختص بالفصل بين خصمين من رعيته فى الدعاوى العينية العقارية لان ذلك من اختصاص القضاء المختلط (المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة) ولكن لما كان القضاء القنصلى مختصاً بتحرير الاوراق المتعلقة بالاحوال الشخصية فقد يحصل ان مثل هذه الاوراق تتعلق بالمقرات (كمقد الزواج الذى يحرم لمناسبة تحرير وثيقة الزواج) فقد وافقت اللجنة على جعل تحرير مثل هذه العقود من اختصاص موظف مصرية ينصب لهذا الغرض وأما عن الثانية فيما يتعلق بالعقود المحررة خارج مصر عن عقارات مصرية

(١) تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩٠٤ للسخة العربية ص ٥٣ - جرائم لولان ص

فانه لا بد من مراعاة المادة ٦٨١ مدني مختلط اذا كان المقدر ههنا رسمياً اذ لا بد من تحرير المقدر بمصر. وأما بالنسبة للعقود الاخرى كالبيع والايجار والبدل مثلاً فانه تقرر جواز تسجيلها اذا حررت في الخارج بشروط مخصوصة ، ولم يؤخذ بقاعدة سريان القوانين العقارية داخل المملكة ، نظراً للحالة الغالبة بمصر

وأباح المشروع ضرورة خضوع الوقفية للتسجيل. وجعل لغة التحرير العربية والفرنسية والاطالية وأجيزت اللغة الانكليزية

٥٨٨ - كيفية التسجيل : كانت الملكية تثبت قبل الغير والعاقدين قبل

انشاء المحاكم المختلطة بالحجج الصادرة من المحاكم الشرعية. ثم قرر التشريع المختلط نظرية التسجيل أخذاً عن القانون الفرنسي. وكان كل من المحاكم الشرعية والمختلطة قائماً معاً بعملية التسجيل . أى ان التسجيل كان ثنائياً . ولكن اختص المختلط بالرهن الرسمي لان الشريعة الاسلامية لا تعرفه^(١). ولما أنشئت المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ أصبح التسجيل ثلاثياً . ولكن تعطلت المواد ٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية و٦٢٢ مدني أهلى الخاصة بالتسجيل كما تعطل تنفيذ المادتين ٣١ و٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بشأن تبادل العقود المسجلة بين المحاكم المختلطة والشرعية^(٢) ويمجرى القضاء المختلط في أخذه بالمادتين ٣١ و٣٢ المذكورتين الى اعتبار العقود الحاصلة بين المصريين والمسلمة بالمحاكم الشرعية نافذة على الاجانب ولو لم يطالب أحد الطرفين تسجيلها بالمحاكم المختلطة ، ما دام أن الشارع نفسه قرر تبادل التسجيل الشرعى والمختلط . فاذا باع مصرى لمصرى عقاراً وتسجل العقد بالمحكمة الشرعية ثم رهن البائع العقار لاجنبى فقد البيع المسجل على الرهن وليس للدائن الاجنبى الاحتجاج بعدم تسجيل عقد البيع بالمحاكم المختلطة^(٣) . وقاعدة التبادل المقررة بالمادتين ٣١ و٣٢ المذكورتين خاصة بالعاقدين المصريين . أما اذا كان

(١) جرائعولان في التأمينات س ٢٥٩ ن ٨٩٤ (٢) جرائعولان في التأمينات

س ٢٦٠ ن ٨٩٤ (١) استئناف م ٢٧ ملوس سنة ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ٣١٧

أحد العاقدین أجنبياً فلا ينفذ تسجيل العقد بالحكمة الشرعية على الاجنبى بل لا بد لنفاذه عليه من تسجيله بالمحاكم المختلطة^(١). على أن القضاء المختلط لم يستقر على حالة واحدة بشأن تقرير القاعدة التى رتبها على المادتين ٣١ و ٣٢ المذكورين اذ قضى بعدم اعتبار تبادل التسجيل الشرعى والمختلط وسيلة من وسائل الاشهار والعلاينة وقرر بناء على ذلك عدم جواز الاحتجاج بالتسجيل الشرعى على الاجنبى^(٢)

٢ — وبلاحظ أيضاً بشأن التبادل فى التسجيل أن هناك تبادلًا بين المحاكم الاهلية والمختلطة فيما يتعلق بتسجيل اذار الشفعة أخذاً بالمادة ١٤ من قانون الشفعة الصادر فى ٢٧ مارس سنة ٩٠١ هـ . ويجب هنا الاخذ بصحة التبادل^(٣). وأما التسجيل الحاصل بالمحاكم الاهلية والذى لم يشترط فيه الشارع الاخبار والتبادل فلا ينفذ على الاجنبى طالما انه لم يحصل تسجيل به بالمحاكم المختلطة^(٤) ومن ذلك الحين فكرت الحكومة المصرية فى ضرورة توحيد التسجيل . وكانت تعترض فكرة التوحيد هذه أمر الرقابة على الاقلام الموحدة فيما اذا كان من اللازم أن تكون أهلية أو دولية . ويظهر ان الفكرة اتجهت الى جعل الرقابة مصلحة ادارية محضة مستقلة عن المحاكم الشرعية والاهلية والمختلطة . ولكن رضيت اللجنة الدولية الفرعية سنة ٩٠٣ بمشروع آخر وهو فصل الاقلام الجديدة عن المحاكم وجعلها مصلحة أميرية تابعة لوزارة الحفانية وأن يكون للمحاكم المختلطة رأى فى تعيين المدير العمومى أى رئيس المصلحة^(٥)

ومع تعدد أقلام الاقسام بأنحاء القطر المصرى فقد عقدت النية على انشاء قلم عمومى بالقاهرة^(٦) تحصر فيه صور كل العقود المسجلة فى الاقلام الموجودة بالاقاليم . والغرض من الصور اتقاء أخطار الضياع بالسرقة أو الحريق^(٧)

(١) جرائدولان فى التأمينات ص ٢٦٣ ن ٨٩٧ (٢) جرائدولان ص ٢٦٢ ن ٨٩٧

(٣) جرائدولان ص ٢٦٣ ن ٩٨٨ (٤) جرائدولان النبذة السابقة (٥) تقرير

المستشار القضائى سنة ٩٠٤ ص ٥٦ (٦) جرائدولان فى التأمينات ص ٢٧٠ ن ٩١٨

(٧) وكان العمل يجرى على حفظ صور جميع العقود المسجلة بالمحاكم المختلطة الثلاثة فى محكمة الاستئناف المختلطة بأسكندرية (تقرير المستشار القضائى سنة ٩٠٤ ص ٥٦)

٥٨٩- ومن ذا يكون الموظف المكلف بالتوقيع ؟ رأى المشروع أن يعهد بالتحرير الرسمي الى من يأتي :

(١) أمناء السجلات ومساعدو الامناء في الافلام الجديدة

(٢) أفلام كتاب المحاكم المختلطة

(٣) أفلام الكتاب في المحاكم الاهلية

(٤) المحاكم الشرعية

(٥) من ترى الحكومة تعيينهم فيما بعد لهذا الغرض

ولما كان من شأن القانون أن يؤثر على العقود العرفية الموجودة من قبل العمل به فقد قرر المشروع جواز تسجيلها بعد صدوره في ظرف ستة شهور من تاريخ صدور القانون بشرط أن يكون تاريخها سابقاً على تاريخ صدور القانون^(١) ولما كان المشروع بقطريه دقيقاً رأيت اللجنة الفرعية ضرورة تعيين لجنة لفحص أحكامه^(٢) ثم صادقت اللجنة الفرعية على المشروع بعد التعديل . ولكن تعطيل المضي فيه نظراً للاعتراضات التي توجهت اليه من مندوبي الدول الاجنبية^(٣) وأخيراً أقره القومسيون الدولي ولم يبق عليه الا تصديق الدول ذات الامتيازات الاجنبية بمصر^(٤)

٥٩٠- وورد نص هذا المشروع مادة مادة بكتاب جرانمولان في التأمينات^(٥) وهو مكون من ثلاثة فصول وردت في ١٨ مادة ثم ألحق بهذا المشروع ملحقات^(٦) اضطرها وضع القانون ويراد بها اما تعديل بعض مواد القوانين المختلطة مدني ومرافعات وغيرها (الملحق الاول) واما يراد بها بيان النظام الذي يتبع في شأن السجلات العقارية وكيفية العمل بها (الملحق الثاني) . وورد هذان الملحقان أيضاً بكتاب جرانمولان في التأمينات^(٧) ولا زالت تجدد الحكومة على

(١) تقرير المستشار القضائي سنة ٩٠٤ م ٥٨ (٢) تقرير المستشار القضائي سنة ٩٠٥ م ٥٣ (٣) تقرير المستشار القضائي سنة ٩٠٦ م ١٦ المامود الاول في صفه الاول (٤) تقرير المستشار القضائي سنة ٩٠٩ م ٢٢ المامود الثاني (٥) من ٢٨٨ — ٢٨٩ Annexes (٦) (٧) م ٢٩٠ — ٢٩٢

العمل في جعل هذا المشروع قانوناً ولكنها لم توفق حتى في الوقت الذي فيه عدلت المادة ١٢ مدني مختلط^(١)

ولكن لما كانت فكرة ادخال نظام السجلات العقارية لازالت تساور الحكومة قرر مجلس الوزراء في مارس سنة ١٩١٧ تكوين لجنة الامتيازات الاجنبية^(٢) لدرس هذا المشروع . وفي ٤ يوليو سنة ١٩١٧ قرر تكوين لجنة فرعية لها^(٣) لدرس المشروع نفسه . ورأى مجلس النظار أخيراً أن يقرر في أول مايو سنة ١٩٢٠ اعتبار اللجنة الفرعية هذه لجنة مستقلة بنفسها لتدرس المشروع بمفرتها خاصة وتقديم تقريرها لمجلس الوزراء مباشرة . واجتمعت هذه اللجنة فعلاً ودرست المشروع وقدمت في ديسمبر سنة ١٩٢٠ ست تقارير لمجلس الوزراء ومشروع قانونين ، أحدهما بشأن الموثقين واثنيهما بشأن الملكية العقارية ، بالفتن الثرنسية والانكليزية . وقد جمعت هذه التقارير والمشروعات بمجموعة واحدة تحت عنوان خاص^(٤)

ثم أيدت اللجنة اقتراحاتها التي تبينت لها بعد درس المشروع وقدمتها لمجلس الوزراء وصادق عليها هذا الأخير في ٢٥ ابريل سنة ١٩٢٢^(٥) .
الا أنه مع ذلك قد رؤى تعيين لجنة أخرى خاصة لتبحث في طريقة تنفيذ

(١) تقرير المستشار القضائي سنة ١٩١٥ ص ٣٤ العمود الاول في آخره

(٢) Commission des capitulations (٣) Sous-commission

(٤) Rapports de la commission des livris fonciers, 1917 — 1921

(٥) انظر محاضرة موسيو برنارد بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٧٦ هذا من الوجهة التشريعية . وأما من الوجهة النقهية فقد عمل القانونيون في مصر سنة ١٩١٠ على تعدد نظام التسجيل في مصر من حيث تمدد أعلامه ومن حيث طريقة العمل به وأخذ يعمل رجال الفقه على تأييد هذه الحركة التشريعية — انظر بحثاً في إيجاد قلم واحد للتسجيل وفي اشهار الحقوق العينية العقارية وفي انشاء نظام السجل العقاري بمصر ، وضه البير لامانا Albert Lamanna بمجلة المجازات المجلد ١ سنة ١٩١١ ص ١٢٧ و ١٤٠ و ١٥٣ — والمجلد ٢ من المجلد ذاتها ص ٨٢ — وانظر محاضرة موسيو برناردى Bernardi بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٧٣ — ٢٠٨ — ومقالة له في هذا الموضوع بمجلة المجازات المجلد ١٢ سنة ١٩٢٢ ص ٩١ — ١٠٠ — ومقالة لصاحب مجلة المجازات بويوكوفر Pupikofer بالمجلد ذاته ص ٩٧ — ٩٨ — ومقالة له أيضاً بالمجلد ١٣ سنة ١٩٢٤ ص ٦٦

هذا المشروع حتى يكون نافذاً على المصريين والاجانب معاً ولتضع مشروع قانون يشتمل على اقتراحات الاجنتين الاصلية والخاصة^(١). وكان أول عمل قامت به اللجنة الخاصة المشار اليها أن وضعت مشروع قانون أدخل على نظام اشهار الحقوق العينية المعمول به الآن بمصر بعض اصلاحات تمهيدية يمكن معها فيما بعد انشاء السجلات العقارية بمصر. وعمل المشروع فعلاً وعرض على اللجنة الاستشارية التشريعية الموجودة بوزارة الحفانية فراجعته وأدخلت به بعض التعديلات. ولما كان عمل اللجنة الخاصة عملاً هاماً بالنسبة لمسئلة توحيد أقلام التسجيل فقد وضعت تقريراً هاماً بما رأته وأجرته. واعتمدته اللجنة الاستشارية التشريعية بوزارة الحفانية المذكورة بعد أن عدلت به عبارات المسائل التي أجرت تعديلها هي (أى اللجنة الاستشارية التشريعية). أما التقرير الموضوع بمعرفة اللجنة الخاصة والمعدل بمعرفة اللجنة الاستشارية التشريعية فقد أصبح هو نفس المذكرة الايضاحية المفسرة للقانون الذى صدر بتاريخ ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ أهلى ٢٩ و مختلط، ويعتقضى هذا التقرير أى بمقتضى المذكرة الايضاحية صدر القانون المذكور، ولذا يجب الرجوع فى الالام بهذا القانون الى تلك المذكرة لانها بمثابة أعمال تحضيرية تشريعية له ترفع عنه ما يحتمل أن يعلق به من غموض أو نقص^(٢)

(١) وسيت هذه اللجنة Comité special d'etudes pour l'itablissement des livres fonciers

(٢) راجع المذكرة الايضاحية المذكورة بمجلة الحاماة المجلد ٣ ص ٤٥٧ — ٤٦٨ حيث نشرت برمتها كاملة. ونشرت باللغة الفرنسية بمجلة جازيت المجلد ١٣ ص ٨١ — ٨٥ وانظر أيضاً الاسباب التي اعتدلت عليها الجمعية السومية بمحكمة الاستئناف المختلطة فى اقرار هذا القانون بمجلة جازيت المذكورة ص ٨٥ — وانظر فضلاً بالمجلة نفسها ص ٨١ فى تعد الوجهة الشكلية للقانون. وقد واثت اللجنة الخاصة اجتماعات عدة تباحث اعضاؤها فيها فى وضع مواد قانون التسجيل الجديد مباحثات دقيقة لها بعض الاثر الظاهر فى تفسير ما يمكن أن يكون قد غمض من مواد هذا القانون. وعقدت لذلك عشرين جلسة بدأت أولها فى ١٠ يونيو سنة ٩٢٢ وانتهت آخرها فى ٢٧ مايو سنة ٩٢٣ وكانت المناقشات باللغة الفرنسية ولم تنشر محاضر جلساتها بطريقة رسمية. ولكننا قد اطلنا عليها بالذات وأخذنا منها ما هم هذا القانون فى جلاء غامضه وسد تقصه وفى التعرف على الروح التشريعى الذى كان يسود هذا القانون أثناء وضعه — هذا ولما كان

أما هذا القانون فهو معروض على البرلمان المصرى ضمن القوانين الاخرى التى صدرت من يوم تعطيل الجمعية التشريعية حتى يوم تنفيذ الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ . والغرض من عرضه مع القوانين الاخرى أن يقره البرلمان أو لا يقره

ولما كان لهذا القانون الخاص بتوحيد التسجيل صلة كبرى بنظام السجلات العقارية المنوى ادخاله بمصر ، وربما يعتبر فى ذاته نواة له وتمهيداً للاخذه فيما بعد ، كما صرحت بذلك أيضاً نفس المذكرة الايضاحية ببنيتها الاولى ^(١) رأينا أن لا نتمضى فى تمسيره الآن على ضوء تاريخه الماضى الذى أوجزناه هنا بل نرى أن نتم القول فى هذه الصفحة التاريخية ونأتى على موجز لمشروع نظام السجلات العقارية وهو المشروع الثانى الذى تقدم للجنة الدولية مع المشروع الاول الخاص بتوحيد التسجيل . حتى اذا ما وقفنا على الادوار التاريخية لقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ وما أرادوه واضعوه من تقريره ليكون تمهيداً للسجلات العقارية ، وعلى حقيقة نظام السجلات العقارية واعراضه فى البلاد الاخرى وطريقة ادخاله بمصر وما دار من المناقشات والجدل فى المجالس التشريعية باللجنة الدولية ، استطعنا وقتئذ اللام بحقيقة القانون الحاضر وهو قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المذكور ، واستطعنا الوقوف على حقيقته وكنهه وما يمكن أن يكون فى مستقبل الايام من تقع أو ضرر وما فى ذلك من الاثر الظاهر عند الشارع المصرى وما نواه من قبل وينويه الآن على رغبته فى ادخال نظام السجلات العقارية . وعلى ذلك ونظراً

لوسيو برناردى Bernardi الذى كان مستشاراً بحكمة الاستئناف المختلطة والمضو بهـم اللجنة أثراً ظاهراً فى تحضير هذا القانون لانه هو المقرر له والمضو لواده رأينا ضرورة الرجوع الى آرائه التى أبداهها فى محاضرة له نشرت بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٧٣ — ٢٠٨ — هذا ولابد هنا من ضرورة الاشارة الى محاضرة قيسة القامها حنا بك أسعد ونشرت له بمجلة جورنال المحاكم المختلطة بالسنة الثالثة بالاعداد رقم ١٧٧ — ١٨٢ من ٩ — ٢٢ مايو سنة ١٩٢٤ . ونشر ملخصها باللثة العربية بمجريدة الاهرام بالسدد الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ . والمحاضرة هذه أثر ظاهر فى بيان هذا القانون من الوجهة العملية

(١) المجلد ٣ ص ٤٥٧ لبلاد الاول

لهذا التماسك بين نظرية توحيد التسجيل ونظرية السجلات العقارية نشرح هذه النظرية الأخيرة بالايجاز

٢ - المشروع الثانى

مشروع السجلات أو الدفاتر العقارية

٥٩١ - نظام السجلات العقارية ^(١) نظام معروف ظهر فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر وهو النظام المعروف بنظام أو طريقة تورينس ، التى سبق أن أشرنا إليها نسبة الى المبتكر لها السير روبرت تورينس ^(٢) وسبق أن بينا انه أخذ بها باستراليا فى سنة ١٨٥٨ وتونس والمانيا سنة ١٨٧٢ والنمسا سنة ١٨٧١ والمستعمرات الفرنسية كالكونغو ومدغشقر وغيرها . والسبب الذى دعا بعض البلاد الى الاخذ بها ويدعو مصر الى العمل بها أيضاً ما يأتى

(١) يلاحظ بمصر أن هناك أحوالاً يبقى فيها ثقل الملكية أمراً مستوراً فى عالم الخفاء ^(٣) لا يعلم به الغير . ويحصل ذلك فى انتقال الملكية بسبب الوفاة ^(٤) عند ما يحصل التوارث بالاصول الشرعية وعند عدم وجود وصية ^(٥) أو طبقاً لما جاء بالوصية ^(٦)

(٢) وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للاحكام الفاسخة للمقود ^(٧) أو المبطله لها ^(٨) فانها تبقى مستورة ولو ان قلم الكتاب مكلف بالقيد لها . ولكنه اذا أهمل ظل الخفاء قائماً بالنسبة للغير

(٣) ان التسجيل أمر اختياري . ومن شأن ذلك انه لا يجعل لسجلات التسجيل أهمية كبرى من حيث تقرير الملكية . ولقد رأينا ان مشروع توحيد التسجيل يعمل على ضرورة تسجيل المقود والزام محرريها وهم الموثقون والملحقون بهم على تسجيلها بعد تحريرها تحريراً رسمياً

(١) Livres fonciers (٢) Sir Robert Torrens (٣) Occulte (٤) Mortis cousa (٥) Succession ab intestat (٦) Succession par testament (٧) Résolution (٨) Annulation

(٤) لىس من شأن تسجيل العقد الاخير اذا تعددت العقود الناقلة للملكية طبقاً للمادة ٦١٩ أن يجعل هناك محلاً للطعن نينة الكاملة^(١)

(٥) ان سجلات التسجيل بمصر موضوعة بطريقة ترجع لاسماء الاشخاص . وفى ذلك من الخطر الناشئ عن طول البحث ومن ضرورة البحث فى جملة سجلات ، والخلط لسبب تشابه الاسماء وعلى الاخص بمصر

(٦) ان المقارنات بمصر غير محدودة بمحدود تنأى بها عن مظان الخلط والابهام لذا كان من الصعب معرفة مركز المقار معرفة صحيحة

(٧) لىس لسجلات التسجيل قوة اثبات كاملة^(٢) اذ يسجل الصحيح والمزور سواء بسواء . فاذا كان العقد مزوراً وتسجل فلا ينقل الملكية لان المملك غير ماله ولقد نجم عن هذه القواعد أن تعددت قضايا الاسترداد بمصر وأصبح الملاك وقد ساورهم القلق على أملاكهم من جراء الاعتداءات على الملكية بسبب الجوار وغيره

وقد أوجز دوين^(٣) عيوب طريقة التسجيل الشخصى فيما يأتى : « من أقرض على رهن فلا يطمئن الى الحصول على دينه . ومن اشترى فلا يطمئن الى أن يكون مالكا . ومن دفع الثمن لا يطمئن انه قد دفعه الى المالك الحقيقى »^(٤) أمام هذه المخاطر فكر الشارع المصرى فى ادخال نظام السجلات العقارية بمصر وهو ىرمى بذلك الى ما يأتى :

(١) أن يجعل اسم المالك المبين بالدقتر هو اسم المالك الحقيقى . وبذا يطمئن من يتعامل معه على أنه هو المالك لا محالة

(٢) يجب اشهار انتقال الملكية بسبب الوفاة

(٣) يجعل التسجيل تسجيلاً عقارياً لا تسجيلاً شخصياً . بحيث يمكن الوقوف

(١) جرانولان فى التأمينات ص ٢٥٥ ن ٨٨١ وص ٢٧٥ ن ٩٣٣ — كتابنا فى المداينات ج ٢

(٢) Force probante (٣) Doupin (٤) جرانولان ص ٢٧٧ ن ٩٣٧

بسهولة على حالة العقار بالذات بلا تطويل وخلق
 فإذا أخذ بهذه القواعد فإنه يترتب عليها نتائج عكسية للقواعد السابقة . إذ
 يترتب عليها ابطال دعاوى الاسترداد وعدم تمدد الجيران على بعضهم البعض .
 وارتفاع قيمة العقارات التجارية وانخفاض فوائد السلفيات لنقص المضار التي
 يتعرض لها الدائنون المرتهنون^(١)

١ - في نظام السجلات العقارية

٥٩٢ - عرض مشروع السجلات العقارية^(٢) على اللجنة الدولية وصار
 في أدوار تحضيره مع المشروع الاول وقامت بفحصه اللجنة الفرعية التي نذبت
 لجنة خاصة لبحثه وتقديم تقرير عنه . وفعلنا تقدم التقرير وأرفقت به هذه اللجنة
 الخاصة مشروعها بناء على ما لاحظته بتقريرها وأخذت اللجنة الفرعية في فحص
 التقرير ومشروعه ولكنها لم تبد في سبيل انجازه رغبة في الانتهاء منه بالقدر الذي
 أرادته الحكومة من سرعة انجازه^(٣) ولا زال المشروع حتى الآن مستوراً في
 عالم الخفاء لا يعلم له مصير . ويؤمل الشارع المصري من قانونه الصادر في ٢٦
 يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ أن يرجع أولو الشأن الى مشروع السجلات العقارية
 وفحصه من جديد لا عداه لان يكون قانوناً سارياً على المصريين والاجانب بعد
 أن يتأكدوا من تجارب العمل بقانون توحيد التسجيل هذا الاخير الذي اعتبر
 تمهيداً له

ونعلم أن نظام السجلات العقارية يرمي الى جعل التسجيل تسجيلاً عقارياً
 لا شخصياً . فلا زجع في البحث عما توقع على العقار من التكاليف العقارية الى

(١) تقرير المستشار القضائي سنة ١٩٠٧ ص ١٥ الملمود الاول

(٢) Livres fonciers (٣) تقرير المستشار القضائي سنة ٩٠٧ ص ١٣ الملمود

الاول في اوله . وورد هذا المشروع كاملاً بمواده بكتاب التأمينات الجرانولان ص ٢٩٢-٢٩٩
 ووقع في خمسة أبواب وبلغت مواده ٦٢ عدداً

الاشخاص لما في ذلك من مخاطر التطويل والخلط كما رأينا بل يرجع الى العقار بالذات

ويرمى واضعو المشروع الى غرضين :

(١) تأكيد الاشهار والعلائية

(٢) تقرير قوة اثبات كاملة لسجلات التسجيل . وان كان الغرض الاول بعيداً عن كل نقد ينزل بقيمته فان الغرض الثاني قد تقدمه الناقدون اذ لاحظوا فيه أن المالكين المقعدين بالسجلات هم المالكون دون غيرهم حتى ولو ظهر أنهم لم يكونوا في الحقيقة المالكين الحقيقيين ، أى ان هؤلاء يذهبون ضحية لاولئك

§ ١ - الغرض الاول من السجلات العقارية

تأكيد الاشهار والعلائية

٥٩٣ - يتأكد الاشهار والعلائية^(١) باتباع ما يأتي :

القيود الزامى^(٢) : يجب قيد جميع العقارات الموجودة بالنظر المصرى بأسماء أصحابها ما عدا العقارات المملوكة للحكومة . والقيد الزامى لا اختياري كما هو متبع باستراليا وتونس . وتختصر عقارات كل جهة على حدة وتقيدها عقاراتها بأسماء أصحابها . وعند النزاع في معرفة المالك عند القيد الاول تفصل فيه هيئة خاصة (المواد ١ - ٨ من المشروع)

نظام السجلات يتبع العقارات : هذا هو التسجيل العقاري لا التسجيل الشخصي . أى ان صحف السجل صحف عينية^(٣) لا صحف شخصية^(٤) بمعنى ان صحيفة السجل تحتوى على كل ما تقرر للعقار من حقوق عينية للنير . ويجعل لكل بلد أو ناحية سجلات عقلية خاصة وهو ما يسمى بالوحدة العقارية^(٥)

(١) Renforcement de la publicité (٢) Immatriculation d'office

(٣) Feuilles réels (٤) Feuillet personnels (٥) Unité foncière

ويمجوز تقسيم البلد أو الناحية الى أقسام تقريبية^(١) اذا كثرت الوحدات العقارية كثرة عظيمة (المادة ١١ من المشروع) وللوحدة العقارية الواحدة صحيفة عقارية خاصة^(٢) ويمجوز ضم جملة وحدات عقارية الى بعضها ورصدها بصحيفة عقارية واحدة بناء على طلب صاحبها . وفي هذه الحالة يشار بكل صحيفة مفردة الى أنها تابعة الى الصحيفة الجامعة^(٣) (المادة ١٢ من المشروع) كل ذلك لاجل معالجة المضايقات التي تنشأ عن كثرة القلع الصغيرة العقارية^(٤)

(٢) شكل الصحف العقارية : تنقسم الصحيفة العقارية الى أربعة أقسام قسم يبين فيه الوصف الطبيعي للوحدة الطبيعية طبقاً لمساحة فك الزمام ، وثانيها يبين اسم المالك وجنسيته وأسباب فقد أنواع الاهلية لديه وتاريخ وتفصيل موجز لمقد التملك . ويبين بثالثها أنواع التكاليف العقارية المحمل بها المقار على اختلاف أنواعها ، ورابعها تبين حقوق الامتياز والرهونات الرسمية وحقوق الاختصاص والرهن المقارى (المادة ١٣ من المشروع)

(٤) عمل مسامرة فك الزمام : تختص مساحة فك الزمام بتعيين المقار تعييناً يرجع لطبيعته . وهذا التعيين هو الاساس الذي ترتكز اليه السجلات العقارية ما دام ان الصحيفة العقارية ترجع في أول أقسامها الاربعة الى هذا البيان الطبيعي المأخوذ من فك الزمام . بمعنى انه يجب أن يكون هناك تطابق بين السجلات العقارية وسجلات فك الزمام . ولذا تقرر بأنه لايمجوز تكليف المقارات بسجلات فك الزمام على أسماء أصحابها الا اذا سبق فيدها أولاً بالسجلات العقارية (المادة ٢٥ من المشروع) وتقرر فوق ذلك بأنه لايرخذ مطلقاً بالتقدم المكسب فيما يتعلق بتعيين الحدود بين الجيران (المادة ٢١) وأريد بهذه القاعدة أن تتقرر الطأينة للمقار بحيث لا يأتيه الاضطراب من طريق غصب الجار لجاره والادعاء بالملك بالتقدم المكسب مدة ١٥ سنة

(٥) في الاكتفاء من عدد العقود الخاصة للتسجيل : قرر المشروع ضرورة تسجيل العقود الخاصة الآن للتسجيل (المادة ١٤) ثم أضاف عليها ما يأتي :

(١) العقود والاحكام المظهرة أى المقررة لحقوق عينية عقارية كالقصة . ولم يكنف المشروع بالعقود الناقلة فقط للحقوق أى المثبتة لها - (٢) الاتفاقات والاحكام الخاصة بتعديل طريقة الانتفاع بحق ارتفاق قانوني، وبتقرير التعميمات الناشئة عنها - (٣) العقود الناقلة أو المظهرة لحق الحكر أو العقود الاخرى التى تحكى التصرف فى بعض مظاهره^(١) كالوقف . وقد رأينا ضرورة تسجيل الوقفية عندما تكلمنا على مشروع توحيد التسجيل - (٤) انتقال الملكية بسبب الوفاة (المادة ٢٢) وقد بينت المادة ٢٨ من المشروع الاوراق الخاصة بذلك والتي يجب الرجوع اليها لاجل اجراء عملية القيد بمقتضاها ، ك شهادة الوفاة والاعلام الشرعى بالوراثة والوصية . وقرر المشروع معاقبة الوارث بالغرامة فيما اذا لم يطلب القيد فى مدة معينة (المادة ٥٧ - ٥) الاسقاط^(٢) أو الحلول^(٣) اذا كان كل منهما خاصاً بدين مضمون بتأمين عيني عقارى^(٤) كالامتياز أو الرهن الرسمى أو غير ذلك - (٦) ويجب اشهار أسباب فقد الاهلية كالحجر والصغر وقيدها بالمجل العقارى . على أنه ليس لهذا الاشهار أثر ما من حيث قوة الاثبات الكامل^(٥) بل الغرض منه هو مجرد الاشهار البسيط . مع ان الموثق من طريق آخر ملزم بالتحقق من أهلية العقادين عند تحريره للعقد

٥٩٤ - فى نص الدر القانونى عن العقود العرفية تعميماً : المقرر فى النظام الحاضر ان العقد العرفى حجة على طرفيه من حيث نقل الحق العينى العقارى . ولا يحتاج بهذا العقد على الغير الا اذا تسجل . فالتسجيل شرع للغير لا للعاقدين . أما اللجنة الدولية فاتها رأت تقض هذه القاعدة ظهراً لعقب وضرورة تقرير عكسها على

خط مستقيم . اذ رأت انه اذا لم يثبت الاتفاق بقيد رسمي فان الاتفاق يعتبر كأنه لم يكن ^(١) ولا يترتب عليه أى التزام ما حتى بين العاقدين (المادة ١٧) أما الحكومة المصرية فانها لم تعرض بمشروعها هذه القاعدة بتلك القوة بل رأت أن تأخذ بما قرره القانون الالمانى (المادة ٨٧٣ من قانون ١٥ مايو سنة ١٨٧٢) فى أن الاتفاق الذى لم يتحرر بمقد رسمي لا يفقد جميع مزاياه ونتائجه بالمرة . انما يفقد فقط حزية نقل الحق العيى ويبقى ذا أثر بعد ذلك . بمعنى انه ينفأ عنه مجرد التزامات ^(٢) بين الطرفين بحيث يجوز للشترى مثلاً مفاضاة البائع ومطالبة بتعويضات اذا أبى تحرير الاتفاق بمقد رسمي ، أو مفاضاته لاجل الحصول على حكم يقوم مقام العقد الرسمى حتى يستطيع بذلك قيده بالسجلات العقارية . وبهذا الحل يبقى للعقود العرفية أثر ظاهر فى المجالات العملية . وربما كان الخوف من بقاء هذا الأثر الظاهر هو الذى جعل اللجنة الدولية تقول بزال كل أثر قانونى للعقد العرفى . ولعل مشروع الحكومة أفضل من رأى اللجنة الدولية . اذ التطور ^(٣) فى تقرير المسائل القانونية والاخذ فيها بالتدرج خير من مباغتة الافراد بانقلاب فجائى هادم ^(٤) لشيء مستقر من قبل بطول الزمن واطمئنان العقائد . ولم يكن الغرض من انشاء السجلات العقارية هدم القواعد القديمة السابقة هدماً يأتى عليها بالقضاء والروال الكامل من حيث الأثر اللازم فى الانقضاءات التعاقدية ، وعلى الاخص اذا لوحظ فى أمر العلانية والاشهار ان الغرض منها انما هو اخبار الغير بما تحمل به العقار . واما العقد بين العاقدين فيجب أن يظل باقياً من حيث آثاره ونتائجه بينهما . وان كان يخفى من أن البائع يتصرف ثانياً فى العقار عقب تصرفه الاول وقبل قيد هذا التصرف بالسجلات العقارية فما على الشارع الا أن يقرر عقوبة لهذا العمل ^(٥) وقرر المشروع بأن الملكية لا تنتقل ولو كانت ثابتة بمقد رسمي سواء بالنسبة

(١) Non avenu (٢) Obligations (٣) Évolution
(٤) Révolution (٥) جرائع لولان فى التأمينات ص ٢٨١ والمباشرة رقم ٢ وهو
يحدث من Massigli وما أثبت هذا الاخير بتقريره

للعاقدين أو بالنسبة للغير، الا من وقت حصول القيد بالسجل العقارى (المادة ١٧) . ويتلاحظ أن هذه المادة خاصة فقط بالعقود لا بالاحكام . ولا تنطبق على عقود الايجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخاضعة للاشهار والمعلانية ولا المخالصات الخاصة باستلام ايجار مقدما عن مدة ثلاث سنوات على الاقل^(١) أما الاسباب التى جعلت اللجنة الدولية تتشدد من أجلها فى تقرير هذه القاعدة هى أنها ترغب فى رفع كل أثر للشرطيات أو العقود العرفية لما يفوبها دائماً من نقص فى التحرير وغموض فى النص وتشويه لمعالم محل العقد . وأرادت أن تؤكد الاشهار العقارى تأكيداً ثابتاً بحيث تصبح العقود العرفية وقد أبطلت اذ يزول الأثر المترتب عليها فلا يعود الناس الى التعامل بها . وبذا يلجأ الافراد الى المأمورين الرسميين^(٢) لتحرير عقودهم أمامهم ويؤمر هؤلاء المأمورون بالقانون بان يقوموا من تلقاء أنفسهم بإجراء عملية الاشهار والمعلانية

٦ (الزام المأمورين الرسميين بإجراء القيد قانوناً بمقر قترهم : العقود الرسمية المحررة فقط هى التى تقيد وحدها بالسجلات العقارية . وأما بالنسبة للعقود الاخرى المحررة بالخارج فان المشروع قرر ما سبق أن قرره المشروع الاول الخاص بتوحيد التسجيل (المادة ٣٠)

هذا هو الغرض الاول من مشروع السجلات العقارية وهو تأكيد العلانية وثبيت الاشهار . والآن نتكلم عن الغرض الثانى من المشروع وهو قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية

§ ٢) - الغرض الثانى لمشروع السجلات العقارية

تقرير قوة الاثبات الكاملة للسجلات

٥٩٥ - يقرر المشروع (المادة ١٨) بأن الحقوق المقررة للعاقدين والواردة بالعقد المقيّد بالسجلات العقارية يجوز أن تكون محل نزاع بين العاقدين فقط .

(١) جرائدولان ص ٢٨٢ ن ٩٤٩ المامش رقم ١ (٢) Officiers publics

وعلى ذلك فلا يعتبر للعقد بين العاقدین فقط قوة اثبات كاملة ^(١)

أما قوة الاثبات الكاملة هذه فانها قائمة بالنسبة للغير ^(٢) اذ يقرر المشروع (المادة ١٩) بأن قيد العقد بالسجل يجعل مكتسب الحق بحسن نية وبمقابل في مأمّن عن أى مطعن في العقد بالنسبة للمالكين له

ولا يراد هنا بالغير كل من تقرر له حقوق على العقار وحافظ عليها طبقاً للقانون (المادة ٦١٥/٧٤٢ مدنى) بل هو كل شخص آخر خلاف العاقدین وخلفائهم العامین ^(٣) وقرر المشروع (المادة ٦) بأنه عند انشاء نظام السجلات العقارية وحمل القيد الاول للمقاربات بمصر لا يجوز للغير الطعن فيها مطلقاً. أى أنه يصبح للملكية العقارية أساس ثابت وضمان يطمئن اليه المكتسبون لها وعلى ذلك اذا كان مكتسب الحق المعنى قد اكتسبه بمقابل ^(٤) وبحسن نية فلا يجوز للغير مقاضاته والطعن في عقده. وحسن النية مسألة موضوعية. ولم تر اللجنة الدولية الأخذ في تقرير سوء النية بما عرضته الحكومة المصرية في أن سوء النية هو التواطؤ التدليسى ^(٥) بين المملك والمتعامل معه. بل رأت أن تقرر « بأن مجرد العلم بسبق وجود عقد خاص بحق من الحقوق الخاضعة للاشهار والعلانية لا يعتبر كافياً في اعتبار الغير ذى نية سيئة » (المادة ١٨ الفقرة الاخيرة)

على أنه يجب ملاحظة بأنه لا يجوز للشخص الادعاء بحسن النية مستنداً الى جهله بالدعوى أو بسبب الدعوى اذا صار اشهارهما من طريق القيد بالسجلات العقارية أو من طريق التأشير عنهما بها ^(٦)

٥٩٦ - الاسباب التى دعت الى تقرير قوة الاثبات المطلقة : يحتوى مالك المنقول ضد دعوى الاسترداد بقاعدة حيازة المنقول سند الملكية. وله

(١) Force probante (٢) Tiers (٣) Successeurs universels
 et à titre universel (٤) à titre onéreux (٥) Collusion
 (٦) Prénation frauduleuse

التعاقد مع المالك على المنقول دون أن يكون في حاجة الى وساطة وكلاء الاشغال . وان كان من وراء ذلك طمأنينة للملكية المنقولة فإن الملكية العقارية في حاجة أيضاً الى نوع من الطمأنينة هي الاخرى حتى تأمن دعاوى الاستحقاق . ولو أن نظرية التسجيل قد تعتبر في ذاتها ضمانا للمعاملات العقارية الا أنها ضمان غير كاف . ولذا يلجأ أصحاب التعامل العقاري الى وساطة وكلاء الاشغال ليرشدوهم ويبينوا لهم حقيقة الحق العيني العقاري محل التعاقد الجديد . هذا الضعف في الطمأنينة العقارية وما يخففها من المخاوف في مجال المعاملات قد جعل «تورينس» يقول بأن من يشتري قطعة أرض قائماً يشتري دعوى ^(١) فإذا تقررت للسجلات العقارية قوة الاثبات الكاملة وأصبح مكتسب الحق العيني العقاري بعيداً عن أى مطعن ما في عقده بالنسبة للمالك له ، اطمانت الملكية واستقرت في مكانها لا يشوبها خوف ولا يزعجها اضطراب

فإذا تم القيد بالسجل أصبح صاحب الحق العيني العقاري مالكا حتى ولو تلقى حقه من غير مالك

ولكن ألا يرى أن ذلك مناقض لابطسب القواعد القانونية في أنه لا يجوز للفرد أن يملك الغير أكثر مما يملك ؟ على أن هذا التناقض موجود أيضا عند الاخذ بنظرية التسجيل السابقة . حيث قرر القضاء بفرنسا وبمصر صحة تصرفات الوارث الظاهر ^(٢) . وفوق ذلك فإن المادة ١٩٧ مدني مختلط (والتي لا مثيل لها بالقانون الاهلي) قررت صحة الرهن الرسمي قبل من يحكم لهم ببطان عقدت ملك المدين الرابهن اذا كان الدائن المرتهن حسن النية . وقد ورد هذا التناقض في مواطن عدة من القانون . اذ تقرر مثل ذلك بالنسبة للدائنين المرتهنين رهناً رسمياً أو المكتسبين لحقوق أخرى (حالة الانتفاع) ^(٣) المواد ٢٧ — ٢٨ مدني أهلي و ٤٦ — ٤٨ مدني مختلط . مع ملاحظة أن المادة ٤٨ مدني مختلط ولا مثيل

(١) جرانولان ص ٢٨٣ ن ٩٠٣ (٢) Héritier apparent (٣) Usufruit

بالاهلى اذ قررت جواز زوال حق الانتفاع عن صاحب الارض الخراجية اذا تأخر المنتفع فى دفع الجعل المقرر للحكومة وهو الخراج^(١)، وعدم سريان هذا الزوال على حقوق الدائنين المرتهنين رهنا رسميا) وبالنسبة لمن اكتسبوا حقوقا عينية عقارية ولمن كانوا دائنين مرتهنين رهنا رسميا بحسن نية فيما اذا فسخ عقد الملكية وحكم بردها المستحقين بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب^(٢) أو عدم ابقائه لوزنته القدر المفروض لهم شرعا^(٣). (المادة ٧٨ مدنى مختلط ولا مثيل لها بالقانون الاهلى) وبالنسبة للدائنين المرتهنين رهنا رسميا اذا كانوا حسنى النية ومضت مدة خمس سنوات على وضع يد المدين الرهن واعتقدوا أن مدينهم مالك (المادة ١٥٧ مدنى مختلط ولا مثيل لها بالاھلى) فلا تقبل دعوى الاستحقاق قبلهم. وبالنسبة للدائنين المرتهنين رهنا رسميا فيما اذا حكم بفسخ عقد تملك المدين الرهن (المادة ١٧٦ و ١٩٧ و ٢٤٢ مدنى مختلط ولا مثيل للثلاثة بالاھلى) ويحمى القانون أيضا هؤلاء الدائنين المرتهنين فيما يتعلق بفسخ عقود المدينين الراهنين لاسباب ترجع لتحقيق شرط مجهول من الدائنين (المادة ٣٤٠ مدنى مختلط ولا مثيل لها بالاھلى) وبحميم فيما يتعلق بفسخ المشتري لعقد البيع بسبب استحقاق بعض المبيع اذا سبق أن رهن العقار للدائنين المرتهنين رهنا رسميا (المادة ٣٩١/٣٨٥ مدنى) (وانظر أيضا المواد ٣٣٣/٤١٣ و ٤١٧ مدنى مختلط فقط و ٤٢٠ مختلط فقط : كل ذلك فيما يتعلق بحماية الدائنين المرتهنين)

هذه الحمايات المختلفة انما تجرى على خلاف قاعدة « لا يجوز تملك الغير أكثر مما يملكه المالك »

على أن نظام السجلات العقارية قد أضعف كثيرا من هذه الحمايات بالنسبة للدائنين المرتهنين اذ سد عليهم باب الانتفاع بها

§ ٢ - في بعض الاستثناءات للقاعدة

٥٩٧ - ١ - في حالة مكتسب الحق سبب النية : يقرر قانون تورينس^(١)

بأن الغير يصبح في مأمن تام عن الطعن في عقده بمجرد قيده بالسجلات العقارية حتى ولو كان سبب النية . ويرجع السبب في تقرير هذه القاعدة الى الرغبة الاكيدة في تأمين الملكية وتركيزها على دعامه ثابتة لا تقبل الاضطراب من جانب الطاعن . فاذا تبين بان التصرف صدر من غير المالك الحقيقي حقيقة فاعلى هذا الاخير الا أن يطالب بتعويض فيقتضى له به من مبلغ التأمين^(٢) المخصص لذلك . اذ يعتبر في مثل هذه الحالة كمن زعت ملكيته للمنفعة العامة فيصبح في حل من المطالبة بمبلغ في مقابل ما أصابه من الضرر بسبب حرمانه من عقاره

ولكن لاحظنا أن المشروع المصري لم يشأ أن يأخذ بهذه القاعدة الشديدة اذ حتم في صحة التقييد واعتباره نافذا لا يقبل أى مطعن ما ضد المالك أن يكون مكتسب الحق العيني العقارى حسن النية وان يكون العقد خاصا بتصرف بمقابل^(٣) . اما اذا كان مكتسب الحق سبب النية فلا يستفيد من هذا الضمان العقارى المقرر بالسجلات العقارية . وهذا المبدأ الذى أخذ به المشروع المصرى هو ما اتبعه أيضا القانون الالماني الصادر سنة ١٨٧٢

٢ - الطعن بالتزوير وفقد الاهلية : ويعتبر الطعن في العقد بسبب التزوير أو فقد الاهلية وطلب الحكم بإبطاله جبة على الغير المقيدین بالسجلات العقارية^(٤) اذا رفعت الدعوى وصار اشهارها في ظرف سنة من وقت التقييد

٣ - انتقال الحق بالوفاء : اذا حصل نقل الملكية بسبب الوفاء جاز للوارث الحقيقي أو الموصى اليه الحقيقي الحق في التمسك بحقه قبل كل شخص

(١) Act Torrens (٢) Fonds d'assurance (٣) à titre onéreux (٤) Tiers inscrits

تعامل بحسن نية مع الوارث الظاهر^(١) على شرط أن يعمل كل من الوارث أو الموصى اليه الحقيقيين على التمسك بمقتضاها في ظرف سنة من تاريخ فتح التركة بأن يرفعا دعاويهما أثناء السنة

في التأشير بالغير :^(٢) لكل من ادعى حقاً على عقار أن يطلب التأشير بالسجلات العقارية بما يفيد ادعاءه هذا لاجل حفظ حقه حفظاً مؤقتاً . ويعتبر تاريخ التأشير تاريخاً للحق المدعى به فيما إذا قضى بالحق لمن يدعيه (المادة ٣٩) والاصل في هذا التأشير يرجع الى القانون الالماني والتونسي . ومن شأنه أن يخفف نوعاً ما من شدة قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية . ومن شأنه أيضاً اخبار الغير بوجود خطر محقق بالعقار المقيد ، بأن يدل على أن هناك حقاً لآخر على العقار سواء كان الحق مقررأ في الحال أو محتملاً تقريره فيما بعد . وعلى ذلك يعتبر التأشير احتياطاً يتقيد به القيد بالسجلات العقارية^(٣) . فاذا جاء الغير وتعامل مع المالك المقيد الحاضر علم بما يحيط بالعقار من المخاوف والمخاطر . ولذا اذا تعاقد مع المالك فهو مجازف لانه ملزم باحترام الحق المقرر على العقار اذا أقره القضاء فيما بعد

هذا ولا يجوز قبول التأشير بالسجلات العقارية الا اذا كان بيد طالب التأشير عقد رسمي يستند اليه في طلب التأشير . فاذا لم يكن يسيده سند رسمي فلا يحصل التأشير الا بعد رفع دعوى أمام القضاء بشأن الحق المدعى به وقيد عريضة الدعوى بمجدول المحكمة (المادة ٣٩) . وأما في القوانين الحاضرة فلا توجد طريقة معينة لاجل اخبار الغير بوجود عقد مقرر لحق على العقار ومن شأن هذا العقد الغاء أو ابطال العقد السابق المسجل أو المقيد . وهذا النقص في التشريع المصري قد طالجه من زمن بعض الشرائع المصرية الاجنبية كالقانون البلجيكي الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ (المادة ٣) وهو ما يعالجه الآن مشروع السجلات

العقارية . هذا وقد اكتر المشروع الحاضر من أوجه الاحتياط بشأن التأشير والشروط اللازمة للأخذ به حتى لا يكون التأشير ذريعة في تعطيل التصرف في العقار في المجالات العملية . هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، حتى لا يحرم طالب التأشير من الانتفاع من نتائج التأشير . وتعتبر كل هذه الاجراءات من أسباب التخفيف من قاعدة الاثبات الكامل للقيد بالسجلات العقارية . فقرر المشروع :

(١) بضرورة أن يكون العقد رسميا ضمانا للتأكد من حقيقة شخصية المعادين فيه (المادة ٣١)

(٢) وأن يعطى للمالك صورة من الصحيفة العقارية ^(١) ليكون لديه بمثابة سند الملكية ^(٢) . ويعتبر وجود هذا السند تحت يد صاحبه أمانة على أن صاحب السند مالك للحق المبين به (المادة ٥٠)

(٣) وأن يلزم حافظ السجل ^(٣) بإخبار الشخص المقيّد ^(٤) بكل قيد يحصل فيما بعد بشأن نفس العقار (المادة ٥٤)

وترى هذه الاحتياطات الى كشف المتار عما يحتمل أن يقع من أنواع التزوير . اذ بالاشهار والعلانية يمكن الوقوف بسهولة على ماصح وعلى ما لا يصح من العقود المقيّدة بالسجلات

(٤) وكل شخص لاحظ أن حقه أصبح مهدداً من قيد وارد بالسجلات فله أن يطلب التأشير بالسجلات ^(٥) حتى يكون هذا التأشير حائلا دون تصرف خصمه في الحق المتنازع فيه (المادة ٣٩ من المشروع) ^(٦)

§ ٤ — في نظرية التقادم بنظام السجلات العقارية

٥٩٨ — من شأن الاخذ بنظام السجلات العقارية والعمل به أن لا يستقر

(١) Copie du feuillet foncier (٢) Titre de propriété
(٣) Conservateur (٤) Personne inscrite (٥) Prénottation
(٦) جرائدولان ص ٢٨٥ ن ٩٥٧ الملمش الاول

الحق لصاحبه الا بالتقيد بالسجلات . وعلى ذلك يمكن القول بأن لا محل لتلك الحق بالتقادم طالما لم يحصل قيد . ولا تقادم مع القيد ما دام أن القيد هو وحده أمانة الملكية لا غيره من الامارات الاخرى . ولذا لا يوجد أثر للتقادم بالقوانين التي أخذت بنظرية السجلات العقارية ، فخطره القانون الالماني سنة ١٨٧٢ (المادة ٦) والقانون الفرنسي المعدل سنة ١٨٩٢

على أن المشرع المصري قد رضى الاخذ مع ذلك بالتقادم وفعل ذلك من طريق الرجوع الى مشروع اللجنة الفرنسية التي تشكلت للبحث في مسح الاراضى الفرنسية أى لجنة فك الرمام^(١) . على أن الآثار القانونية للتقادم بالمشروع المصرى أصبحت قليلة الاهمية بجانب ما تقرّر من قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية فى أغلب الاحوال

وفى ذلك تقرر المادة ٢١ من المشروع ما يأتى : « يجوز أن يسرى التقادم المكسب أو المسقط بمدة ١٥ سنة ضد الحق المقيد . ولكن لا يعتبر التقادم حجة على الغير الا من وقت القيد^(٢) أو الشطب^(٣) الحاصلين بناء على الحكم الصادر بصحة التقادم ، الا اذا كان قد سبق حصول تأشير من قبل^(٤) . — على أنه لا يجوز الاخذ بالتقادم المكسب فيما يتعلق بتعديل الحدود بين الجيران . — وفى حالة ما اذا تم التقادم فى مصلحة شخص مقيد ، تبتدىء مدة التقادم من الوقت الذى حصل فيه اشهار سند الملكية واعلانه . — وتعتبر آثار التقادم سارية حتى قبل الغير من تاريخ القيد الحاصل بشأن الملكية » بمعنى أنه يصح الاخذ بالتقادم المكسب أو المسقط بمدة ١٥ سنة ضد الحق المقيد . ولكن تجب ملاحظة أنه لما كان من المقرر فى نظرية السجلات العقارية أن الشخص المقيد يجب أن يعتبر بمثابة المالك الحقيقي ، فلا يعتبر التقادم بناء على ذلك حجة على الغير الا من وقت تسجيل الحكم الصادر بصحة التقادم^(٥) . ومعنى ذلك أنه يجوز للشخص المقيد

(١) Commission du cadastre (٢) Inscription (٣) Radiation

(٤) Prénotation (٥) Usucapion

التصرف فى عقاره حتى ولو مضت مدة ١٥ سنة على العقار ويد شخص آخر قائمة عليه طالما أن صاحب التقدم لم يسجل حكمه المؤيد للتقدم^(١). فإذا جاء الغير وكان مشترياً أو مرتهناً وأراد التعاقد مع الشخص المقيّد صحّ تعاقدّه ما دام أن القيد هذا لم يتعلّق بقيد آخر مثبت للتقدم

ومن المادة ٢١ نرى أن المشروع أراد أن لا يجعل فى المستقبل محلاً لنصب الجيران من بعضهم البعض فى التعدى على الحدود بطريقة تدريجية وغير محسوسة. وبذا ينضب منبع غرر للدعوى فيما يقع فى هذا النوع من الاعتداءات الخفية المتكررة. وتقوم مصلحة فك الزمام فى تقرير الحقوق بين الجيران تقريراً نهائياً لا يقبل غصباً ولا عدواناً، وعلى ذلك يصحّ الاخذ بالتقدم فيما إذا لم يكن هناك جوار وحاز واضع اليد على العقار الملكية بالمدة القانونية

هذا ويلاحظ أنه يجوز الاخذ بالتقدم الحمى إذا توافر شرط السبب الصحيح وحسن النية وذلك فى الاحوال التى لا يستفيد فيها الشخص من قوة الاثبات الكاملة المقررة للسجلات. ويحصل ذلك فى حالة الموهوب اليهم فيما إذا كان الواهب وارثاً ظاهراً. ولا يستفيد الموهوب اليه من التقدم الحمى الا بشرط القيد الحاصل عن سنده وهو عقد الهبة. لأن القاعدة المقررة فى السجلات العقارية أن الملكية لا تنتقل الا من وقت القيد. وعلى ذلك لا يعتبر أن لدى الموهوب اليه سبب صحيح الا من وقت قيد عقد الهبة (المادة ٢١)

§ ٥ - الاخذ بالسجلات العقارية

فى حالة الرهن الرسمى

٥٩٩ - يقرر المشروع نفس العلانية المقررة فى الوقت الحاضر بشأن الامتيازات والرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن العقارى. ولم يحذف المشروع الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة المقررة على المقارات (المادة ٢٦)

في الاسقاط والحلول بشأنه الديون المضمونة برهن رسمي : قرر المشروع ضرورة قيد الاسقاط ^(١) والحلول ^(٢) اذا تعلقا بدين مضمون برهن رسمي ^(٣) (المادة ٢٦) وهذا القيد من جانب المشروع مبدأ جديد لم يكن معروفاً من قبل بالقوانين الحاضرة

وعلى ذلك اذا لم يحصل قيد عند وقوع اسقاط أو حلول ظل الحق العيني التبعية ^(٤) ، وهو الحق المترتب عن الرهن الرسمي ، قائماً وباقياً على ذمة الدائن السابق المقيد من قبل . فاذا جاء هذا الدائن المقيد السابق وأزال حقه العيني ^(٥) أي رفع الرهن صح وقتئذ شطب الرهن ^(٦) واعتبر الشطب هذا حجة على المسقط اليه ^(٧) وعلى من حل بالحلول ^(٨)

ويلاحظ مع ذلك أن نقل هذه الحقوق المضمونة برهن رسمي يكون صحيحاً دون شرط التأشير بالسجلات العقارية اذا ورد بها شرط التحويل والاسقاط تحت الاذن ^(٩) أو شرط التصرف لحامل السند ^(١٠)

في قوة الدلائل : ان من شأن القيد بالسجلات أن يبقى لدى الدائن المرتهن وهنا رسمياً مزنة التمتع بحق التبع ^(١١) والافضلية ^(١٢) قبل الغير ^(١٣) ولكن ليس من شأن هذا القيد أن يرفع ما علق بعقد الاستدانة من الشوائب ^(١٤) والعيوب ^(١٥) التي يحتمل أن تعيبه (المادة ٢٧) وذلك لان الضرورات الاقتصادية التي أراد حمايتها في تقريره قوة الاثبات الكاملة للسجلات العقارية لا أثر لها هنا . أما القانون الألماني فانه قرر عكس هذه القاعدة ^(١٦)

Créance hypothécaire (٣)	Subrogation (٢)	Cession (١)
Radiation (٦)	Main-levées (٥)	Droit réel accessoire (٤)
Clause à ordre (٩)	Subrogé (٨)	Cessionnaire (٧)
Droit de (١٢)	Droit de suite (١١)	Clause à porteur (١٠)
Vices (١٥)	Irrégularités (١٤)	Tiers (١٢) préférence
(١٦) جرنانولان ص ٧٨ ن ٢٩١ و ص ٢٨٦ و ٢٩١		

في زوال قيد الرهن بالزمن — قدمت الحكومة مشروعها ورأت أنه ما دام قد تقررت قوة الاثبات الكاملة للقيد بالسجلات العقارية فإنه مما يترتب على ذلك حتماً أن لا يصح الاخذ بمبدأ اعتبار القيد الخاص بالرهن وحقوق الامتياز مشطوباً بعد مضي زمن (والقاعدة الحاضرة تقرر زوال قيد الرهن بمضي مدة ١٠ سنوات اذا لم يحصل تجديد القيد خلال هذه المدة المادة ٦٩٩/٥٦٩ مدني) ذلك لان زوال أثر القيد عند عدم التجديد ضار بمقتضى الاهلية وبالبالين أيضاً اذا اعتبرت ظروف حالت دون تجديد القيد قبل انقضاء مدة السنوات العشر . ولكن لما كان من شأن بقاء القيد وبقاء أثره ما يضر بالمدين اذا يصبح هذا الاخير وقد التزم بالعمل على رفع الرهن تطهيراً لمقاره السابق رهنه ، رأت اللجنة الدولية بقاء مبدأ زوال أثر القيد اذا لم يحصل تجديده . ولكنها جعلت المدة ١٥ سنة من وقت حلول مينعاد الوفاء بالدين المضمون بالرهن (المادة ٢٨)

٦٠٠ — في استرهاق المالك لمقاره هو ^(١) : أجاز المشروع (المادة ٢٩) شرعية السندات الرهنية ^(٢) لحاملها ^(٣) أو تحت الاذن ^(٤) . أي أنه يجوز أن يحمل سند الدين ، المضمون بتأمين عقارى ، لحامله أو تحت اذن صاحبه ، فيجوز تحويله ونقله من يد ليد اما بالمناولة اليدوية ^(٥) ان كان لحامله ، أو بالتحويل أو التطهير ^(٦) ان كان تحت الاذن . ويترتب على الاخذ بهذه القاعدة جعل التعامل في العقار بحيث يتشابه مع التعامل في المنقول فيصبح العقار منقولاً ^(٧) وبذا يجد الدائن المرتهن الطريق فسيحاً أمامه للحصول على دينه من طريق تحويل سنده الى الغير دون أن يحتاج الى صرف مصاريف من عنده ودون الزامه بالانتظار حتى يحل أجل الوفاء

Obligations hypothécaires (٢) Hypothèque sur soi-même (١)

Tradition (٥) à ordre (٤) Au porteur (٣)

Mobilisation du crédit foncier (٧) Endossement (٦)

ولكن اذا أُجيز للمالك أن يحرر على نفسه للغير سندات رهنية ^(١) لحاملها أو تحت الاذن في حالة الاقتراض فهل يجوز له حق تحرير مثلها على نفسه ودون أن يتعاقد مع الغير بمقد القرض ، وذلك حتى يتمكن من تحويلها ^(٢) الى الغير كلما دعت الحاجة الى الحصول على نقود ؟ ان المشروع لم يشأ تقرير هذه القاعدة الجديدة الخاصة بانشاء سندات رهنية محررة من صاحب العقار على نفسه ^(٣) وقد أخذ بهذا النظام بعض الشرائع الاجنبية (كقانون مسيدور السنة الثالثة الفرنسية ^(٤) والقانون الالماني ^(٥) والطريقة في ذلك أن يقرر المالك على عقاره رهناً لنفسه هو فيذهب الى حافظ السجلات العقارية ويطلب اليه أن يقيد بالسجلات رهنا واحداً أو أكثر على عقاره وأن يكون القيد باسمه باعتباره راهناً ومرتهناً في آن واحد . وبعد ذلك يسلمه حافظ السجل سنداً بذلك ^(٦) وهو السند الذي يكون لحامله أو تحت الاذن

ولقد قد الناقدون هذه الطريقة . لانه ليس من السهل القول بالأباحة للمالك بانشاء سندات رهنية وان يقدر هو وبمحض رغبته ثمن عقاره . لان الناس لا يطمثون الى مثل هذه السندات حيث لا ضمان يكفلها من حيث تقدير العقار . ولذا لا تلبث أن تهبط بنزول وتدهور قيمتها . نعم وان كانت طريقة المعالجة في ذلك هي أن يباح تقرير مبدأ تقدير الارض المرهونة بمعرفة خبير ، الا أن هذا الدواء ليس صحيحاً دائماً نظراً لتغير الاسعار للتقلبات الاقتصادية المتكررة وعدم استقرار الاسعار على حالة واحدة . وما دام أن طالب حيازة الاذن الرهنى ^(٧) لا يطمئن الى تقدير الرهن المعروض عليه فانه يضطر وقتئذ الى اللجوء الى طرق أخرى يتأكد بها من معرفة حقيقة الثمن . وهذا يدعو الى وقت وصرف ^(٨)

(١) Titres hypothécaires (٢) Négociier (٣) Bons hypothécaires
 sur soi-même (٤) Loi de Messidor an III (٥) جرائعولان م ٧٨
 ن ٢٨٩ م ٢٨٧ ن ٩٦٣ الهلمش (٦) Cédule (٧) Preneur de
 bon hypothécaire (٨) جرائعولان م ٢٨٧ ن ٩٦٣

ولقد فعل المشروع خيراً في عدم تقرر هذه القاعدة الضارة جداً بالثروة العقارية والتي يترتب على الاخذ بها خراب بيوت قائمة . اذ يسهل بها على مالك العقار كل ما احتاج للمال ، وما أسرع الشعور بالحاجة للمال ، أن يخرج من جيبه سند الرهن فيناول له لشخص آخر أو يحوله اليه في مقابل ما يأخذه منه من الثمن . وكلما اشتدت به الحاجة للمال كلما مال الى التساهل في التصرف الرهنى بأقل من قيمته . وفي ذلك ضرر جسيم بصاحب العقار ، فوق الضرر أيضاً بالدائن المرتهن فيما اذا خدع بتقدير العقار حتى ولو كان التقدير حاصلًا بخير نظراً لتقلبات الاسعار كما رأينا

في مسؤولية الحكومة عن الاضرار المحتملة وقوعها بسبب انشاء السجلات العقارية : لا مسؤولية على الحكومة فيما اذا وقع ضرر لسبب لا يرجع الى خطأ أو تقصير مما لها ، وهذا ما تقضى به القواعد القانونية العامة . ومحل المسؤولية أن يقع خطأ من جانب مما لها . هذا ولم يتكامل المشروع على تخصيص مبلغ الضمان ^(١) يؤخذ منه ما يحكم به من التعويض لمن أصابه ضرر بسبب خطأ عمال الحكومة . وعند عدم انفاذه تلزم الحكومة بالتعويض ^(٢)

§ ٦ - في نقد نظام السجلات العقارية

٦٠١ - يقول أنصار السجلات العقارية ، أو نظرية رصد سندات الملكية ، أنها ليست في ذاتها المثل الأعلى للكمال ، ولكنها أكثر ضماناً من غيرها من حيث الاضرار الحاصلة من الاخذ بنظرية التسجيل العادية ^(٣) وان كان لم ينجح العمل بها بانكلترا في سنة ١٨٩٧ فان ذلك يرجع على ما يقرره المحققون الى طبيعة الملكية المعقدة عندهم والى أن الملكية هناك ترجع لمعادن قديمة ترمي

(١) Fonds de garantie (٢) جرائم لولان من ٢٨٨ ن ١٦٤

(٣) تقرير المستشار القضائي سنة ١٩٠٧ من ١٣ المجلد الاول

في أصولها الى عهد الاشراف أو حكم النبلاء^(١)

ويرى أنصار هذا النظام أنه يقلل من عدد قضايا الاستحقاق التي غصت بها جداول المحاكم . وبه يطمئن المالكون فلا تضطرب الملكية في أيديهم ، ذلك الاضطراب الظاهر في الوقت الحاضر

على أن الناقدين يرون في ادخال هذا النظام ما يخالف تقاليد البلاد وأنه كثير التعقيد فلا تقبله الأمة وأنه يلاقى في مصر صعوبات أشد مما يلاقيه في غيرها^(٢)

ويرد أنصاره بأنه لا يخالف تقاليد البلاد لأن التعاقد في البلاد كان حاصلًا قبل انشاء المحاكم المختلطة بمقتضى الحجج الشرعية وهي سندات رسمية محررة ومسجلة في المحاكم الشرعية على يد قضاتها . وتحرير العقود بصفة رسمية بمقتضى المشروع لم يخرج عن كونه رجوعا الى تقاليد قديمة معروفة

ويقول مجذوه لا تعقيد ما دام أن أصحاب الشأن ياجأون الى المأمورين الرسميين المكلفين بتحرير العقود

وختم الناقدون تقدم بتوجيه اعتراضين على المشروع . فقالوا بأنه لا بد في حالة الاخذ به من وجود تاريخ سليم (مسح الاراضى أى فك الزمام) يصح الاطمئنان اليه وليس في مصر تاريخ مستجمع للشروط اللازمة . وقالوا بأن التزوير والنقض أسهل وقوعا بمصر منها في البلاد التي جرت على استعمال الدفاتر العقارية

أما أنصار المشروع فيلاحظون على أول الناقدين أن التاريخ أو فك الزمام بمصر على غاية كبرى من الدقة فهو يصلح الى أن يكون أساساً صحيحاً للنظام الجديد^(٣) ويلاحظون على ثانی الناقدين أنه وإن كان نظام رصد سندات الملكية لا يزيل النقص بتاتا إلا أنه يعمل على اضافته وانتفاضه فيحول دون التملك بالتقادم في أحوال معينة وبوجه عام مطلق بين الجيران . وبهذا النظام يبطل العمل بهذه

(١) التقرير ذاته من ١٣ الملمش ١ (٢) التقرير المذكور من ١٣

(٣) التقرير المذكور من ١٣ الملمش الثاني من ١٤ الملمش الاول

المادة ١٠٧ مدني مختلط الخطرة التي تقول بجواز الاحتجاج بعقد الرهن الرسمي على المالك الحقيقي اذا كان الدائن المرتهن حسن النية وثبتت لديه ملكية المدين المرتهن لوجود يده عليه مدة خمس سنوات^(١)

ويرى المنتصرون لهذا النظام أن هذه المخاوف لم تقع بالبلاد التي أخذت به ويقولون « وفي ظني انه لم يقع شيء من ذلك في البلاد التونسية حيث يشترك أهلها مع أهل بلادنا في المخلق ودرجه التربية مع أن الضمانات التي وضعها القانون التونسي أقل من التي تضمنها مشروعا لانه لا يحتم أن يكون السند رسمياً ويكتفى أن يكون عرفياً مصدقاً على الامضاءات الموقعة عليه » اهـ^(٢)

أما وقد انتهينا من الامام بماضى نظرية توحيد التسجيل والسجلات المقاربة فقد آن لنا الآن أن نأتي بشرح القانون الاخير الصادر في ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ رقم ١٨ أ هـ و ١٩ مختلط

في قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

تمهيدات أولية

١ - الغرض من هذا القانون

٦٠٢ - ان الغرض من هذا القانون أن يكون نواة لادخال نظام السجلات المقاربة أو التسجيلات المقاربة (كما يقول القانون) أو رصد سندات الملكية أو الدفاتر المقاربة كما قرر ذلك مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ ابريل سنة ٩٢٢ . ولذا جاء القانون في مجموعه وهو يحقق بعض الاماني المرجوة من المشروعين السابقين مشروع توحيد التسجيل ومشروع السجلات المقاربة كما سيتبين لنا ذلك فيما يأتي بعد . وجاء في صدر القانون ما يأتي : « وبعد الاطلاع على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ ابريل سنة ٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على ادخال نظام التسجيلات

(١) التقرير المذكور من ١٤ و ١٥ (٢) التقرير المذكور من ١٤ نهاية العامود الثاني

العقارية في القطر المصري ، وحيث أنه يجب قبل ادخال هذا النظام في البلاد اجراء بعض تعديلات في النظام المالى الخاص بالحقوق العينية العقارية »
 هذا والقرض الذى ينشده الشارع من العمل على ادخال نظام السجل العقارى بمصر هو تلافى العيوب التى لاحظها على نظام التسجيل القديم وهى عدم بيان العقود الخاضعة للتسجيل بياناً نافياً للشك وعدم تقرير جزاء قانونى عند الامتناع عن التسجيل ، وسوء تحرير أغلب العقود، وعدم وجود ضمان يمكن الاطمئنان اليه فى تقرير صحة توقيعات المتعاقدين بالامضاء أو الختم^(١)

٢ - البدء فى سريان القانون

والمقود والاحكام التى يسرى عليها

٦٠٣ - صدر القانون فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ وقد قرر مبادئ جديدة أبطل بها مفعول مبادئ قانونية مقررة من زمن . لذا كان العمل بهذا القانون محفوفاً بمخاوف يجب اخذ الحيطة فيها حتى لا يصاب الافراد بأضرار لم يكونوا على علم بمصادرها من قبل . ولهذا السبب رأى الشارع أن لا يعمل بالقانون الجديد الا من أول يناير سنة ٩٢٤ (المادة ١٧)

وقد حدد الشارع بنفس القانون زمن البدء فى العمل على خلاف العادة المتبعة فى جعل القانون نافذ المفعول بعد نشره بالجريدة الرسمية بمدة يعينها الشارع بالقانون أو بعد مدة ٣٠ يوماً^(٢)

ولما كانت هناك عقود وأحكام موجودة قبل أول يناير سنة ٩٢٤ ولا بد أن تبقى محكومة بالقواعد القانونية المقررة بالقانون القديم رأى الشارع ضرورة الاقرار باحترام هذه العقود والاحكام باعتبارها خاضعة لاحكام خاصة وذلك أخذاً بنظرية الأثر اللارجعى (المادة ٢٧ من الدستور المصرى) وقرر بالمادة ١٢ فقرة

(١) الهلال بك س ٣٦ ن ٦٦ (٢) المذكرة الايضاحية بجهة المحاماة المجلد ٣

س ٤٦٧ نبذة ١٩ - المادة ٢٦ من الدستور المصرى الصادر فى ١٩ ابريل سنة ٩٢٣

٢ فيما يتعلق بالاحكام ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها »

ولذا وجب أن تكون العقود العرفية بعيدة عن كل مطعن فى تاريخها. ولهذا السبب رأى الشارع ضرورة اثبات تاريخها. وقرر بالمادة ١٤ ما يأتى: « لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً ولا على الاحكام التى صدر قبل تاريخ العمل به بل تظل خاضعة من حيث الآثار التى ترتب عليها لاحكام القوانين التى كانت سارية عليها ». ومن المحتم هنا ضرورة الالمام بالمبادئ القديمة والحديثة معاً على كل من يستغل بالقانون لان هذه العقود والاحكام القديمة تظل طول حياتها خاضعة للقواعد القديمة . وعلى ذلك لا تلغى هذه القواعد القديمة بل هى باقية انما اذا ألغيت فانما النفاذها منصرف الى العقود والاحكام الجديدة . أما هى فى باقية أخذاً كما قلنا بنظرية الاثر اللارجى (المادة ١٦)

٣ - التفويض التشريعى لوزارة الحفانية.

٦٠٤ - الاصل أن لا تفويض تشريعى فى القانون . فلا يجوز للشارع أن يفوض لهياة ما التشريع مكانه وبدلاً منه . لانه لا نيابة فى التشريع . بل يجب على الهياة التشريعية أن تشرع بنفسها بلا تفويض ولا ائابة . ولكن يحصل أن يكون هناك تفويض تشريعى لا من حيث التشريع الصريح أى من حيث تقرير أصول وأحكام جديدة بل من حيث تقرير أحكام تفصيلية لتشريع سابق . وذلك أن الشارع يضع القانون أولاً ثم يكمل الى موظف ادارى العمل على وضع النظم الخاصة بتنفيذ القانون . وربما كان هذا هو ما فعله الشارع المصرى بشأن قانون التسجيل الجديد اذ قرر بالمادة ١٥ منه ما يأتى : « لوزير الحفانية أن يصدر قراراً^(١) يبين فيه القواعد^(٢) التى يسير عليها العمل فى المستقبل فيما يتعلق بمسك دقائر

التسجيل^(١). ولم يحصل التفويض هذا الا بعد أن قرر الشارع الاحكام الجديدة وألغى بها الاحكام القديمة. وقد تناول التفويض أيضاً أن يعمل وزير الحفانية فيما فيه الغاء النصوص القديمة التي لا تتفق مع القانون الجديد. أى لوزير الحفانية حق الغاء النصوص التي أصبحت اما ملغاة بنص صريح أو أصبحت وهي تتعارض مع أحكام القانون الجديد. ولذا قرر الشارع بالمادة ١٦ ما يأتي : « تلغى المواد ٤٧ و ٥٢ و ٥٥٠ و ٦٠٦ و ٦١١ و ٦١٢ و ٦١٣ و ٦١٥ و ٦١٦ و ٦١٧ و ٦١٨ و ٦١٩ من القانون المدنى للحاكم الاهلية . وكذلك يلغى كل نص يخالف هذا القانون أو يخالف القرار الذى يصدر طبقاً للمادة السابقة وذلك مع مراعاة نصوص المادتين ١٢ فقرة ثانية و ١٤ من هذا القانون » وقرر بالمادة الاولى بالفقرة الاخيرة ما يأتى : « وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الاخرى بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين »

٣ - في أحكام قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣

٦٠٥ — أما وقد اثبتنا من هذه التهديدات الأولية فقد آن لنا الآن أن نأخذ في بيان الاحكام الجديدة لهذا القانون ونرى حينئذ تقسيم ذلك الى الاقسام الآتية :

- (١) في مبدأ جعل التسجيل شرطاً أساسياً لنقل الحقوق العينية العقارية
- (٢) في العقود والاحكام الخاضعة للتسجيل
- (٣) في الشروط الشكلية للعقود الخاضعة للتسجيل
- (٤) في التأشير^(٢) وأنواعه .

(١) Tenue de registre de transcription يلاحظ أنه يرد بالسعة العربية ترجمة لكلمة Inscription أى القيد . — وفيما يتعلق بهذا التفويض التشريعى أنظر المذكرة الايضاحية نبذة ١٨ مجلة المحاماة المجلد ٣ ص ٦٧ العامود الثانى
(٢) Prénation

(٥) فى نظام دوائر التسجيل

هذا ولكل قسم من هذه الاقسام الخمسة تفرعات له فى بيان ما أوجزه كل قسم على حدة

١ - فى مبدأ جمل التسجيل شرطاً أساسياً

لنقل الحقوق العينية العقارية

٦٠٦ - عرفنا بمقتضى النظام القديم أن التسجيل شرع للغير لا للعاقدين اذ ينتقل الحق العيني العقارى بمجرد الاتفاق والتعاقد عليه ولا ينتقل قبل الغير الا بالتسجيل اذا حافظ الغير من جانبه هو الآخر على قيود القانون (المواد ٤٧٥ و ٦٠٦ و ٦٠٩ مدنى) فالتسجيل شرع للغير لا للعاقدين

ولقد رأينا عند ما تكلمنا على مشروع السجلات العقارية أن هذا المشروع يقضى بضرورة جمل العقود رسمية ويرمى بذلك الى ابطال العمل بالقرطيات العادية أى العقود العرفية . وأن الموثق نفسه وهو مأمور العقود الرسمية هو الذى يقوم من تلقاء نفسه باجراء تسجيل العقد بحيث لا ينتقل الحق العيني العقارى الا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . فإذا لم يحصل التسجيل فلا ينتقل الحق العيني . واذا لم يحصل العقد رسمياً فيعتبر الاتفاق كأنه لم يكن . ولا ينشئ التزاما بين العاقدين . هذا هو رأى اللجنة الدولية كما رأينا . وأما الحكومة فكانت عرضت بمشروعها أن العقد العرفى غير المسجل لا يعتبر كأنه لم يكن بل هو ملزم بالتعويضات لمن أصابه ضرر من طرفى العقد . بحيث لا يترتب على عدم التسجيل سوى زوال الفائدة المرجوة من العقد فى نقل الحق العيني العقارى . واذا جازت المطالبة بتعويض فانه يجوز لمكتسب الحق مقاضاة خصمه للحصول على حكم يقوم مقام العقد الرسمى حتى يستطيع بذلك تسجيله . وقد أخذت الحكومة فى ذلك بنظرية القانون الالماني (المادة ٨٧٣ من القانون الالماني الصادر فى ١٥ مايو سنة ١٨٨٢)

ويظهر أن الشارع المصري في تحضيره لقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ قد تأثر بنظرية السجلات العقارية من ضرورة جعل التسجيل شرطاً أساسياً لنقل الحق العيني العقاري . وتأثر أيضاً بالنظرية المصرية في مشروعها الثاني الخاص بالسجلات العقارية في أنه لم يرفع عن العقد العرفي كل أثر له عند عدم تسجيله . وذلك أن الشارع المصري قرر بالمادة الأولى من القانون الحاضر بأن التسجيل شرط لازم لنقل الحق العيني العقاري وأنه لا يزول كل أثر له بالمره عن العقد غير المسجل بل يستحيل الى مجرد التزام شخصي ينتهي بتعويض بعد أن زالت عنه ميزته المرجوة منه من قبل في نقل الحق العيني العقاري . وقال الشارع في ذلك بالمادة الأولى ما يأتي : « » . ويرتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنفصاً^(١) ولا تنتقل^(٢) ولا تتغير ولا تزول^(٣) لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم — ولا يكون للمقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية^(٤) بين المتعاقدين^(٥) »

ويرتب على هذه القاعدة الجديدة الأحكام الآتية :

٢ - حجة التعاقد عرفياً

٦٠٧ - يجوز التعاقد بعقد عرفي ، على عكس ما تريده اللجنة الدولية

(١) Constitués (٢) Transmis (٣) Éteints (٤) Obligations

personnelles (٥) وقد لوحظ عند وضع القانون بالجنة الخاصة أنه روعي في تقرير قاعدة تطبيق نقل الملكية على شرط التسجيل مبدأ العدالة *équité* (محضر جلسة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢) وأن هذه القاعدة تقررت ببلاد لم تأخذ بعد بنظام السجلات العقارية ولكنها في طريق تقريره كالبلاد البوتانية والهندية (محضر جلسة ١٠ يونيو سنة ١٩٢٢) وأريد بها على الأخص عدم التعرض للبداً الدقيق الخاص بحسن نية الغير (محضر جلسة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢) . وقرر « برناردى » بأنه يجب أن يراعى في نقل الملكية العقارية القواعد الثلاثة الآتية : أولاً . تقرير حق الملكية بطريقة ظاهرة لمن يتصرف في عقاره : ثانياً . التأكد من أن المالك لم يسبق له التصرف في العقار : ثالثاً . التأكد بأن الملكية انتقلت بطريقة سليمة صحيحة (محضرته بمجلة مصر الحديثة المجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٧٦) وقرر واتليه *Wathlet* بأن هذه القاعدة تقررت بفرنسا من سنة ١٩٨٠ حتى سنة ١٨٩٧ (محضر جلسة اللجنة الخاصة المذكورة في أول ديسمبر سنة ١٩٢٢)

بمشروعها ، وتحقيقا لرغبة مشروع الحكومة المصرية

٣ - التعاقد ملزم للطرفين

٦٠٨ - ان التعاقد ملزم للطرفين . فان تسجل العقد انتقل الحق العيني للمقار . وان لم يتسجل استحال الى التزامات شخصية

٤ - لا تنتقل الملكية بمجرد التعاقد

٦٠٩ - بل تنتقل الملكية والحق العيني المقارى بالتسجيل . ولا يملك العاقدان نقل الملكية برضاهما . ورضاؤها عاجز كل العجز في ذلك

٥ - في التسجيل والاوضاع الشكلية

٦١٠ - شرط التسجيل يحكى نوما ما الشروط الشكلية المقررة للمقود الشكلية ^(١) بمعنى ان العقد الناقل للملكية يجب أن يكون عقداً شكلياً . وشكليته في تسجيله فاذا لم يتسجل أصبح عاجزاً عن نقل الملكية (وبوجه عام عن نقل الحقوق المقار)

٦ - حسن النية والتسجيل

٦١١ - يجوز للبائع أن يبيع مرة ثانية ويصح البيع الثانى اذا تسجل ولا يصح الاول عند عدم تسجيله - على شرط حسن النية في القانون القديم (المادة ٢٧٠ مدنى) والقانون الجديد (المادة ٢ العبارة الثانية من الفقرة الثانية) وعبر النص القديم عن حسن النية بالعبارة الفرنسية المعروفة ^(٢) وقال القانون الجديد « اذا دخلها النقص ^(٣) وربما كانت هذه العبارة ترمى الى أن سوء النية هو التواطؤ التدليس بين العاقدين لا مجرد علم المشتري (أو مكتسب الحق العيني المقارى بوجه عام) بسبق التصرف في الحق . وهذا هو ما أرادت الحكومة في مشروعها الخاص

بالسجلات العقارية اذ قالت بأن سوء النية هو التواطؤ التدليسي^(١). أما اللجنة الدولية فانها اكتفت بالقول بأن مجرد العلم لا يجعل مكتسب الحق في موقف سيء النية^(٢) وعلى ذلك نرى أن مجرد العلم لا يعتبر في قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ مكوّنًا لسوء النية. وهذا يؤكد ما قررناه من قبل في شرح المادة ٢٧٠ / ٣٤١ مدني^(٣) وعلى ذلك يعتبر سوء النية حائلا دون نقل الحق العيني العقاري حتى ولو حصل التسجيل أى ان التسجيل لا يعتبر أداة لتطهير العقار من كل عيب بحيث يعتبر التسجيل أمانة على الملكية النهائية. بل التسجيل بالقانون الحاضر كالتسجيل بالقانون القديم. وهذا هو نفس ما أراد تقريره مشروع السجلات في أنه قرر قوة الاثبات الكاملة للسجلات على شرطين: أولا) أن يكون مكتسب الحق حسن النية. - ثانياً) أن يكون العقد بعوض. وذلك على عكس ما يريده قانون تورينس^(٤)

٧ - في جواز الحصول على حكم لتسجيله

٦١٢ - قلنا ان التسجيل ضروري لنقل الحق وقلنا انه يحكى الشروط الشكلية للعقود الشكلية فالتسجيل شرط شكلي للعقد ناقل الملكية. وبدونه لا تنتقل الملكية واذا حصل فلا تنتقل الملكية نهائياً اذا كان هناك سوء نية أو تواطؤ تدليسي. وقلنا ان العقد يغير التسجيل زالت عنه فائدة نقل الملكية واستحال الى التزام شخصي. ورأينا أن الحكومة المصرية كانت تريد مشروعها على خلاف ما تريده اللجنة الدولية أن العقد غير المسجل يصلح لدعوى التعويض

(١) Collusion frauduleuse (٢) راجع ما قلناه بشأن قوة الاثبات الكاملة

السجلات العقارية. أنظر المادة ١٩ من مشروع السجلات الفقرة الثانية

(٣) الاثبات ج ٢ ص ٢٩٨ - ٣١٣ في نظرية سوء النية « وص ٣١٤ - ٣٢١

» في مذهب القضاء المختلط في معنى سوء النية « وص ٣٢١ - ٣٢٢ في مذهب القضاء

الاهلي « - وص ٣٢٢ - ٣٢٣ في مذهب الفقه المصري «

(٤) المذكان ٢٣ و ١٢٣ من قانون تورينس بإسبانيا الجنوبية سنة ١٨٦١ - جرائمولان

في التأمينات ص ٢٨٤ و ٩٤ الهامش ١

وللدعوى الخاصة بالحصول على حكم لتسجيله . وبناء على ذلك هل يجوز حينئذ بمقتضى القانون الجديد رفع دعوى للحصول على حكم ثم تسجيله ليحصل نقل الملكية بمقتضى الحكم المسجل أخذاً برأى الحكومة فى مشروع نظام السجلات العقارية وعلى تقيض مشروع اللجنة الدولية ؟ نرى صحة القول بالإيجاب ولعل القول بالإيجاب هنا يستند الى روح تشريع هذه المادة الاولى من القانون المصرى فى أن الشارع الحاضر لم يشأ أن يأخذ بنظرية اللجنة الدولية من زوال كل أثر للعقد العرفى واعتباره كأن لم يكن . بل الأثر باق وقالت به المادة الاولى من حيث الالتزام الشخصى . وهذا الالتزام يستحيل فى نظرنا اما الى تمويض واما الى أن يكون ذريعة لحكم يطلب فى دعوى حتى بعد الحصول عليه يمكن تسجيله فينتقل الحق العينى بتسجيله . ويمكن القول هنا حينئذ أن عقد البيع لا يعتبر عقداً شكلياً بطبيعته ^(١) من حيث انقضاء العقد ولكنه يعتبر عقداً شكلياً من حيث انتقال الملكية بل

وربما يجوز القول هنا باحتمال صحة التفرقة بين العقد الرسمي بطبيعته ^(٢) كالرهن التأمىنى والعقد العرفى المدنى الذى لا بد فيه من التسجيل فالرهن التأمىنى

(١) وقرر موسيو برتلدى بجملة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ بالجنة الخاصة بتحضير قانون التسجيل بأن العقد غير المسجل لم يخرج من كونه وعياً بالالتزام بنقل الملكية والا لزم بالتعويض — معاصر الجلسات هذه لم تشر رسمياً كما قلنا فى غير هذا المكان ولكننا قد اطمئنا عليها بوزارة الحفانية وأخذنا منها ما يلزم فى تقرير أحكام قانون التسجيل الجديد) — وقرر بالجلسة نفسها بيولا كازيللى بأنه يلتزم نظر اللجنة الى النص القديم الموضوع سنة ٩٠٤ الفائل « بأن الملكية لا تنتقل بين الطرفين وبالنسبة لغيره الا بالتسجيل . على أن مجرد اتفاق الطرفين يجعل المشتري الظاهر *acquereur apparent* بمثابة دائر لا يجوز له قطع حق المطالبة بتعويض منه عدم حصول التيد رسمياً بل يجوز له حق رفع دعوى للحصول على حكم يحل محل العقد الرسمي ويجوز تسجيله » ثم أخذ بيولا كازيللى يتساءل فيما اذا كان من الجائز للمشتري طبقاً لقانون الجديد حتى رفع دعوى للحصول على حكم لاجل تسجيله . وأقر بيولا كازيللى صحة هذا رأى . ورأى المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى انه بعد تقرير قاعدة أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل يصح ترك الفصل فيما يتفرع عن هذه القاعدة من الاشكالات قضاء نفسه . واقترح وقتئذ بيولا كازيللى لهله المناسبة ضرورة اقتباس رسوم التسجيل لان التجربة والمادة اتفقتا على أن التفتيش يقبمه دائماً زيادة الايراد . (٢) *Acte authentique*

لا ينمقد بتاتاً الا بمحصوله رسمياً . فاذا حصل عرفياً اعتبر العقد كأنه لم يكن حتماً . وهذا على خلاف العقد العرفي الخاضع للتسجيل لانه اذا لم يسجل فان له التزاماً شخصياً ناشئاً عنه . وبينما الاول زائل كل الزوال اذا لم يحصل رسمياً ، بينما الثاني باق اذا لم يحصل تسجيله ، وباقي في بعض نتائجها لافي كلها ، اذ تزول عنه فقط فائدة نقل الحق العيني العقاري

واذا اتفق طقدان على أن يمسلا عقداً رسمياً فاما أن يكون العقد الرسمي رسمياً بطبيعته واما رسمياً برضاء الطرفين . فاذا امتنع أحدهما عن عمل العقد الرسمي بطبيعته فلا يملك القاضي اكراهه على عمله لان في هذا الاكراه اساساً بالحرية الشخصية في الحضور شخصياً أمام الموثق في عقد يستحيل وجوده الا برسميته . وأما اذا كان العقد عرفياً بطبيعته وانما أراد أحد الطرفين أن يكون رسمياً وهو يرجو بذلك ضمانات خاصة فانه تجوز المقاضاة فيه أيضاً ولكن لا يجوز صدور حكم بالزام الخصم بالحضور أمام الموثق لمخالفة ذلك للحرية الشخصية . انما لما كان العقد بطبيعته عرفياً لا رسمياً فانه يجوز أن يحل الحكم محل العقد الرسمي ويمكن الاستفادة منه بجميع الضمانات المقررة للعقود الرسمية

والذي نقول به جملة انه اذا تخاصم البائع مع المشتري مثلاً على بيع فاما أن يكون البيع ثابتاً بمقد كتاني أم لا . فان كان غير ثابت بالكتابة ورفعت الدعوى وثبت البيع بأوجه طرق الاثبات الاخرى المقررة قانوناً يصح اعتبار الحكم بمثابة العقد . وعلى ذلك يجوز تسجيله ونقل الملكية به . وان كان ثابتاً بالكتابة وحصل نزاع بشأنه من حيث الرضاء أو محل العقد أو سببه أو طعن فيه بالانكار أو التزوير ، أو أبي أحد الطرفين الحضور أمام الموظف المنوه عنه بالمادة ٢ من قانون التسجيل الجديد للتصديق على الامضاء أو الختم فرفع خصمه عليه دعوى تحقيق الامضاء أو الختم طبقاً للمادة ٢٥٢ مرافعات وما بعدها ، أو طعن في العقد بأى مطن ثم صدر الحكم بعد ذلك كله بصحة العقد ، جاز تسجيل الحكم واعتبر التسجيل ناقلاً للملكية والبيع على هذا الاعتبار يظل حافظاً لشكله

في أنه من العقود الرضائية لا من العقود الشكلية الخاضعة لقيود شكلية خاصة^(١) وانما أثر الشكلية هنا منصب فقط على نقل الملكية بالتسجيل . لانه مع القول في أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل فان ذلك لا يفيد البتة بأن عقد البيع ذاته لا يتم الا بالتسجيل . وعقد البيع في ذاته عقد صحيح باعتباره ملزماً . والتسجيل طارئ في أنه يؤمن على ما ألزم به البائع . وان قيل بأن التسجيل يقضى حتماً بوجود الكتابة وأنه يترتب على ذلك أن يصبح عقد البيع عقداً شكلياً لا بد فيه من الكتابة فهذا غير وجيه أيضاً لاننا قد منا أن البيع الحاصل بلا كتابة يصح اثباته بأوجه الطرق القانونية ويصدر حكم ويسجل الحكم باعتباره حل محل الكتابة^(٢) وعلى ذلك نرى أنه لو كان عقد البيع عقداً شكلياً غير رضائي ، أي عقد لا يوجد في طالع القانون الا بتوافر شرط الشكلية كعقد الرهن التأميني أو الهبة مثلاً ، لما ملك القاضى حق اصدار حكم ليحل هذا الحكم محل الشرط الشكلي كما بينا ذلك بمكانه . والتسجيل حينئذ شرط لنقل الملكية لا للبيع . وعقد البيع شيء وتسجيل عقد البيع شيء آخر . فالبيع ملزم والتسجيل نافل للملكية

والتسجيل ليس وفقاً على البيع انما هو خاص كما سيتبين ذلك فيما بعد بالعقود والاحكام الناقلة (أو المعدلة الخ . . .) للحقوق العينية العقارية بوجه عام . ولم يدخل التسجيل الى التشريع المصري لجعل العقود الناقلة للحقوق العينية العقارية عقوداً شكلية لا تحدث إلزاماً بين الطرفين الا بشرط شكلية التسجيل . بل تقرر التسجيل ليكون مؤذناً بنقل الملكية المرجوة في الاصل من العقد وقد يلاحظ الناقدون المصريون من أهل القانون^(٣) ان في التسجيل عودة الاوضاع الشكلية^(٤) والاجراءات العينية التي حفت بالقانون في عهده الاول في نقل الملكية وغيرها من الحقوق عند ما أخذ علم القانون يخطو خطواته ويدرج في منابته الاولى من ظهوره . ولما علم القانون وتعمقت أصوله تحرر من قيوده .

(١) الهلال بك ص ٥١ — ٥٢ ن ٨٥ (٢) الهلال بك ص ٥٢ ن ٨٥

(٣) جرائعولان في التأمينات ص ٢٨٢ ن ٩٠١ (٤) Formalisme

الاولى هذه وأخذ يقضى بصحة الالتزام وشأذه بين طرفيه لمجرد التعاقد عليه. وها القانون الحاضر يرجع الى قيوده الاولى وأوضاعه الشكلية القديمة فلا يقضى بنقل الملكية الا اذا حفيها هذا القيد الشكلي العلى وهو قيد شرط التسجيل ولكن ان صبح القول بأنه فى تسجيل ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رجوعاً بالاوضاع الشكلية الأولى من حيث تعطيل العمل بحرية ارادة الماعدين ، فانه لا يفوتنا أن تسجيل اليوم لم يكن فى عدم توافره بالعقد تعقياً لأثر العقد انما فيه تعطيل لفرض من أغراض العقد فقط . وفرق كبير بين قيد شكلى يعطل كل التعطيل وقيد شكلى لا يحقق كل أغراض العقد

٨ — الهلاك بعد قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

وفى قيمة العقد بوجه عام قبل تسجيله

٦١٣ — نعرف أن الهلاك^(١) على المالك . ويمتنى من ذلك البيع ، اذ الهلاك فيه على البائع قبل التسليم^(٢) ويلحق بالبيع البدل أو المقايضة^(٣) فاذا حصل رهن رسمى أو عقارى فالهلاك فيهما على المدين الراهن سواء حصل فى ثانيهما تسليم أم لا . واذا حصل بيع وتسجيل ولم يحصل تسليم فالهلاك على البائع أيضاً طبقاً للمادة ٢٧٤ / ٣٧١ مدنى التى لم يمسخها قانون التسجيل والتى يعتبرها بعض رجال الفقه بمصر نتيجة من نتائج المادة ١٧٩ / ٢٤٢ مدنى القائلة بأنه : اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به^(٤)

وأما اذا حصل بيع وتسليم ولم يحصل تسجيل فعلى من يكون الهلاك ؟ فهل يكون الهلاك على البائع باعتبار أنه لا زال مالكا بسبب عدم التسجيل وبرسم حصول التسليم من جانبه . لا يمكن الاخذ بهذا الرأى لما يأتى : أولاً . لانه بمجرد أن تم التعاقد بالبيع والبائع سلم العقار برئت ذمته وقتذاك من جميع الالتزامات

(١) Risque (٢) الالتزامات من ٢٠٨ ن ٢١٨ — والعقود الهلالية بك

من ٣٠٥ — ٣٠٧ ن ٤٧٩ — ٤٨١ (٣) دى مجلس ج ٤ من ١٥٠ ن ١٢ —

الهلالية بك من ٢٠٧ الحاشية ١ (٤) Obligations corrélatives - الهلالية بك

التي اشتملت بها ذمته من جراء البيع ، وعلى الاخص اذا سلم المشتري عقد البيع وأصبح لا يوجد حائل من جانب البائع يحول دون المشتري في تسجيله لعقده .
ثانياً . ان المشتري وقد اشترى وأخذ العقد واستلم العقار لا يستطيع بعد ذلك مطالبة البائع بالتزام ما يترتب على البيع . ويصبح أمر التسجيل وقتئذ من عمل المشتري . فاذا لم يسجل وجب عليه وحده أن يتحمل نتيجة عمله سواء كان عدم التسجيل ناشئاً عن خطأه بوجه عام كالاهمال أو عن أمر جبرى أو قهرى (على أنه يجب أن يلاحظ في حالة خطأ المشتري ورجوعه على البائع عند هلاك التعاقد تحت يده أى يد المشتري قبل التسجيل ، انه يجوز للبائع أن يدفع دعوى المشتري بدفع النقص^(١) وهو الدفع الذى كان معروفاً عند الرومان والذى قرره البريتور الرومانى في سبيل تخفيف وطأة شدة الاخذ بالاوضاع الشكلية والقيود الرومانية الثقيلة التى كانت معروفة عند الرومان . وما لنا الآن حاجة الى هذا الدفع وقد تحررت العقود في الاوقات الحاضرة من تلك القيود القديمة) . واذا كان لا يصح أن يستفيد المشتري من خطأه فيما اذا لم يسجل العقد وهلك العقار تحت يده ، فلا يجوز له الرجوع على البائع الذى برئت ذمته مما التزم به بمقدار البيع ، فانه لا يجوز من طريق آخر تحميل البائع هلاك العقار في يد المشتري في حالة الحادث الجبرى أو القهرى الذى حال دون المشتري وتسجيل عقده . لان البائع وقد سلم العقد والعقار وتقاضى دينه وانصرف لا يلزم بشيء ما من جراء العقد . ومتى انقطعت به الرابطة مع المشتري فلا عمل للقول بإعادة هذه الرابطة وتحميل البائع هلاك العقار . وعلى ذلك يجب أن يتحمل المشتري بالهلاك لان العقار أصبح في حيازته ، ولان الهلاك لا يلزم به البائع الا اذا لم يحصل تسليم . أى اذا ظل في حيازته . لان في بقاء الحيازة بيد البائع معنى بقاء رابطة الالتزام بين البائع والمشتري ، ومعنى جمل الهلاك عليه ما دامت ذمته لم تبرا من التزام التسليم .

Exception de dol (١)

ثالثاً . ان قانون التسجيل الجديد لم يغير من قاعدة الهلاك على البائع قبل التسليم . ومن الهلاك على المشتري بعد التسليم . لان مبدأ الهلاك لا يتصل بنقل الملكية انما يتصل بالحيازة . أليس البائع قبل التسليم معتبراً في نظر القانون غير مالك في عهد القانون القديم . وأن المالك الذى يجوز له الانتفاع بارتفاع الاسعار هو المشتري ؟ فالهلاك حينئذ لا يرتبط بمن كان مالكا انما يرتبط بمن كان حائزاً سواء كان ذلك في عهد القانون القديم أو القانون الجديد

وان قبل بان في عدم التسجيل طبقاً لقانون التسجيل الجديد حق الاباحة للبائع في التصرف ثانياً لبقاء الملكية لديه حتى مع حصوله وأنه يترتب على ذلك أن يكون الهلاك عليه لا باعتباره هذه المرة حائزاً بل باعتباره مالكا ، قلنا بأن محل ذلك اذا ارتكب البائع خطأ وتصرف ثانياً . لان في تصرفه الثانى معنى عدوله عن التعاقد واسترداد ما نزل عنه من الحقوق المقررة له من قبل على المقار . وأى أنه يصح بالبيع الثانى 'وقد انقضى البيع الاول وادت له حقوقه عليه وأصبحت يد المشتري بعد ذلك يد عارضة لا يد شخص تقرر له حقوق بصفة نهائية على المقار

هذا ويجب أن يلاحظ بان البيع قبل تسجيل العقد بيع بالمعنى القانونى . اذ فيه البائع والمشتري . وكل منهما يحمل بواجبات وله حقوق . ويجوز المطالبة بهذه الحقوق والواجبات قبل التسجيل . وليس أدل على ذلك أكثر من أنه اذا لم يثبت العقد بالكتابة فانه يجوز رفع دعوى وطلب الحكم بمحصول البيع (ويرجع في اثبات البيع الى قواعد الاثبات المقررة قانوناً) ويصدر الحكم باثبات البيع لا بثبوت الملكية . ثم يسجل هذا الحكم . وتسجيله تنتقل الملكية طبقاً للمادة ٢ من قانون التسجيل التى لم تخرج في الحقيقة عن كونها تطبيقاً للمادة ٢ فقرة ٢ الحالة الثالثة من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسى وهى القائلة بوجوب تسجيل الحكم المؤيد لتعاقد شفوى عن حق عيني عقارى . وعلى ذلك لا يملك أحد العاقدين في البيع (أو في كل عقد آخر خاص بحق عيني عقارى خاضع

للتسجيل طبقاً لقانون التسجيل الجديد) القرار من واجباته والأضرار بحقوق الآخر . فإذا لم يتسجل العقد وحصل التسليم ولم يدفع الثمن جاز للبائع المطالبة به بدعوى أمام القضاء ويجب الحكم فيها بالثمن . كذلك يجوز للمشتري مطالبة البائع بالتسليم مع عدم حصول تسجيل العقد ويجب الحكم بالتسليم . كل ذلك لأن عقد البيع قبل التسجيل هو عقد بيع بالمعنى القانوني الصحيح ولا ينقصه إلا التسجيل ليكون ناقلاً للملكية . ولا يمكن اعتبار عقد البيع قبل التسجيل عقداً غير نافذ على العاقدين باعتباره بيعاً ، لأنه لو قيل ذلك لما ترتب مطلقاً على التسجيل جملة نافذة . لأن العقد الباطل قبل التسجيل يظل باطلاً بعده أيضاً . وذلك أخذاً بالقاعدة المعروفة في التسجيل الماضي والحاضر أيضاً في أن التسجيل لا يصح العقود الباطلة ولا يرفع عنها ما شابها من العيوب بل تظل عيوبها لاصقة بها . وعلى ذلك إذا لم يتم عقد البيع صحيحاً بأن لم يتوافر ركن من أركانه أو شرط من شروطه فلا يعتبر بيعاً ولا ينفع فيه التسجيل . والعقد قبل التسجيل لاجل أن يكون ناقلاً للملكية بالتسجيل يجب فيه أن يكون صحيحاً من الوجهة القانونية . ومتى كان صحيحاً فهو ملزم لطرفيه بصرف النظر عن التسجيل ، ذلك لأن التسجيل الذي لم يشرع إلا لنقل الملكية وتقرير الحق العيني العقارى بوجه عام ولم يبلغ الأحكام العامة المقررة في العقود من حيث الواجبات والحقوق ، إنما قصر أثره على مفول إرادة العاقدين في نقل الحق العيني العقارى

ولعلنا ندكر بعد ما قررته المذكرة الإيضاحية في تحليل مبدأ التسجيل الجديد وما رجعت فيه الى ما عللت به اللجنة البلجيكية للقانون البلجيكي بشأن جعل التسجيل شرطاً لازماً لنقل الملكية بالنسبة للغير والعاقدين أيضاً . ذلك أنها رأت أن الحق الشخصى حجة على العاقدين فقط . والحق العيني حجة عليهما وعلى الكافة . وأنه لا بد من التسجيل ليكون جامعاً في الحجة على الاثنين وانغير مما . فإذا اعتبرنا حينئذ التسجيل بمصر الآن شرطاً لازماً لنقل الملكية فليس معنى

ذلك أن العقد غير المسجل أصبح باطل المفعول والاثر بالمرة . بل هو ذو أثر في تقرير التزام شخصي ، وهذا على خلاف ما قرره مشروع تسجيل السجلات العقارية الذي رأى نفي كل أثر بالمرة للعقد غير المسجل . ويستحيل أن يكون العقد غير المسجل ذا أثر بين العاقدين في تقرير التزام شخصي فيما اذا انعقد باطلا . فإذا انعقد صحيحا فهو معد لنقل الملكية أو لتقرير التزام شخصي ، مع اعتباره في الحالتين عقد بيع

وانا لا نقول بأن في تقرير التسجيل الحاضر شرطا لازما لنقل الملكية قد جعل الشارع العقود النافذة لحقوق عينية عقارية عقوداً خاضعة في أصلها وتكوينها الى أوضاع شكلية^(١) بحيث بدونها لا ينعقد العقد . لا نقول ذلك . لان هذا الشرط الشكلي في البيع الحاضر من ضرورة التسجيل لنقل الملكية لا يعتبر في ذاته شرطا لازما لانعقاد البيع . ويجب التفرقة هنا بين الشروط اللازمة لانعقاد البيع ، والشروط اللازمة لنقل الملكية . فالشروط اللازمة لانعقاد البيع ترجع لاصول الاحكام المقررة بالقانون المدني . وأما شرط نقل الملكية فانه يرجع للتسجيل . ولذا قال قانون التسجيل الجديد بالغاء المواد المدنية الخاصة فقط بقاعدة مجرد الاتفاق ملزم للعاقدين (المادة الاولى منه الفقرة الاخيرة وهي تشير بطبيعة الحال الى المواد ٦٨/٤٥ مدني فيما يتعلق بالمقارات والمادة ٩٠/١٤٤ مدني . وأما المادة ١١٨/١٧٤ مدني فانها لم تتأثر بقانون التسجيل طالما انه لا يتقرر حق عيني عقاري آخر بعقد مسجل . وكذلك قرر بالمادة ١٦ الغاء المواد المتعلقة بنقل الملكية أو تقرير حقوق عينية عقارية بمجرد التعاقد عليها) ولم يتعرض للمواد الاخرى الخاصة بالبيع وغيره . بمعنى أن التعاقد بين الطرفين وغير المسجل ملزم لهما باعتباره معداً لنقل الملكية . وانما يستحيل العقد الى التزام بالتعويض فيما اذا لم يسجل العقد ويكون مثلاً قد ترتب للغير حق عيني عقاري بعقد مسجل . فإذا بيع المقار أولاً بعقد غير مسجل ثم بيع بعقد آخر مسجل ثم تسجل الاول

بعد الثاني تفذ الثاني على الاول، لا أخذاً بنظرية الاسبقية في التاريخ بل أخذاً بأن في عدم تسجيل العقد الاول بقاء للملكية في يد البائع وأن المشتري الثاني انما اشترى عقاراً مملوكاً للبائع له . في مثل هذه الحالة يستحيل العقد الاول غير المسجل الى التزام بالتعويض . ولا يجوز وقتئذ للمشتري الاول المطالبة بالتسليم كما لا يجوز للبائع المطالبة بالتعويض . انما يجوز ذلك اذا لم يتقرر للغير حق بالتسجيل (قارن المادة ٢٧٠/٣٤١ مدني)

قلنا ان التسجيل لا يعتبر من الشروط الشكلية اللازمة لمقد البيع . وزيد بذلك أنه لا يعتبر شرطاً لازماً لانقضاء العقد الخاص بتقرير عيني عقارى بوجه عام، كما هي الحال بالنسبة لشرط الرسمية مثلاً في عقد الرهن العقارى غير الحيازى^(١) أو عقد الهبة أو عقد الاستبدال فيما يتعلق بنقل الضمانات المقررة للدين الاصلى للدين الجديد (المادة ١٩١/٢٥٥ مدني) وقد سبق أن بينا ذلك في مكانه

٩ - أسباب شرعية التسجيل بقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

أسباب عملية عملية وأسباب عليية قانونية بحث

٦١٤ - الاسباب على نوعين :

١ - الاسباب العملية المحلية : حال الشارع ما رآه من أن الناس يكتفون بمصر باثبات تاريخ العقد العرفي وهم يظنون في ذلك الكفاية لحفظ حقوقهم قبل انقسمهم وقبل الغير وهم يطمئنون الى أن البائع أو الراهن مثلاً لا تأخذه نزعة الجشع الى الخاق الاذى بهم من تصرف ثان وثالث اضراراً بهم لانهم يثقون به أو لان قيمة الصفقة هي من الضئولة بحيث لا تحتاج الى صرف في اسفار للتسجيل^(٢) لذا رأى الشارع أن يقرر للتسجيل جزاء آثر في الشدة وأوقع في المال فجعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية ، باعتبار أن ذلك شرط أساسى أيضاً لنظام السجلات العقارية

(٢) المذكرة الايضاحية بمجلة المحاماة ٣ ص ٤٥٩ نبرة ٤

Hypothèque (١)

العامود الاول

وأراد الشارع بلزوم التسجيل في نقل الملكية حسم المنازعات العديدة التي تنشأ عن المقصود من عبارة « غير المتعاقدين » و « من يدعى حقاً عينياً » أو « من له حقوق عينية على المقار وحفظها بموافقة القانون » وعبارة حسن النية وسوء النية (المواد ٦١١/٦٣٧ و ٦١٥/٧٤٢ مدنى) ^(١)

٦١٥ - ٣ - الاسباب العلمية القانونية البحث : لاحظ الشارع المصرى أن المبدأ في نقل الملكية بمجرد الاتفاق وبحكم التعاقد وعدم نقله بالنسبة للغير الا بالتسجيل ، وهو المبدأ الذى قرره الشارع الفرنسى وأخذه عنه الشارع المصرى ، مبدأ قد تناوله الناقدون بالتجريح لما أثاره من الصعوبات في مجالات العمل . ولما رأت بلجيكا ضرورة تعديل قانونها المدنى شكلت لجنة لهذا الغرض . وقررت هذه اللجنة بمشروعها الابتدأى عدم الأخذ بالمبدأ الفرنسى (المصرى) وأوصت بأن انتقال ملكية المقارات يتم متى أشهر البيع بالطريقة المنصوص عليها في باب الامتياز والرهن العقارى ^(٢)

أى ان اللجنة البلجيكية ترى أن مجرد الاتفاق لا يكفي في نقل الملكية . وعلت ذلك بشرح التفرقة العلمية المعروفة بين الحق الشخصى والحق العينى . اذ رأت أن الحق الشخصى يربط العاقدين فقط ولا شأن للغير بهما . وأما الحق العينى فهو يتعدى في أثره دائرة العاقدين اذ يصبح حجة على الكافة . ولا يصح في مثل هذا الحق العينى أن يكون وليد اتفاق العاقدين فقط بل يجب أن يكون معلوماً أيضاً لدى الغير ما دام أنه حجة عليهم . وان العلم هذا لا بد فيه أن يكون حاصلًا من طريق التسجيل ولا بد في التسجيل أن يكون ازاميا حتى يكون التعاقد بذلك جامعا بين مزية ضمان الالتزام الشخصى الحاصل من العقد والالتزام العينى الحاصل منه أيضا . فيصبح العقد حجة على العاقدين وعلى الغير معا . ورجع الشارع في ضرورة التسجيل لنقل الملكية الى بعض الشرائع الاجنبية التى لم تتمكن حتى

(١) المذكرة المذكورة من ٤٦٠ العامود الاول (٢) المذكرة المذكورة من ٤٥٩

الآن من ادخال نظام تام للسجلات العقارية كقانون اليونان وهولندا^(١) انتهينا من القسم الأول ولننظر الآن في القسم الثاني من الاقسام الخمسة

٩ - في المعقود والاحكام الخاضعة للتسجيل

٦١٦ - رأينا أن الفكرة التي شغلت الشارع هي ضمان نقل الحقوق بالنسبة للغير . والمفهوم من ذلك كله أن الغرض بالحقوق هي الحقوق العينية العقارية أي الحقوق التي لا يمكن نقلها من يد الى يد . وأما هذا النوع الاخير وهو الخاص بالمنقولات فأمر النقل فيه معقود بالحيازة والقاعدة المشهورة في أن الحيازة في المنقول سند الملكية

فما هي اذن المعقود والاحكام الخاصة بالحقوق العينية العقارية والتي تخضع للتسجيل الجديد ؟ نعلم أن الشارع عين بالمادة ٦١١/٧٣٧ مدني هذه الحقوق وهي الحقوق العينية القابلة للرهن الرسمي وحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري الحيازي . فكل عقد يتعلق بهذه الحقوق من حيث تقريرها أو اقتضاها يجب تسجيله حتى يكون حجة على الغير . ويراد بالغير كل فرد ادعى حقا من هذه الحقوق على المعار واكتسبه بالطريق القانوني . وجعلت المادة المذكورة التسجيل في نقل هذه الحقوق بغير الوفاة . وقررت المادة ٦١٢/٧٣٨ مدني ضرورة تسجيل الاحكام المظهرة^(٢) أو المنشئة^(٣) لهذه الحقوق وذكرت المواد الاخرى ضرورة تسجيل بقية الحقوق الاخرى (المواد ٦١٣ و٦١٤ مدني)

واكن لما عزمت الحكومة على توحيد أقلام التسجيل وادخال نظام السجلات العقارية بمصر تقرر بمشروع هذا الاخير أن تكون المعقود الخاضعة للتسجيل هي : أولا . المعقود المقرر تسجيلها من قبل وبمقتضى القانون القديم . ثانيا . المعقود والاحكام المظهرة^(٤) للحقوق العينية العقارية والمعقود الناقلة^(٥) ثالثا .

(١) المذكورة ص ٤٠٦ الملوم الاول (٢) Déclaratifs (٣) Constitutifs

(٤) Déclaratifs (٥) Translatifs

العقود والاحكام الخاصة بطريقة الانتفاع بحق ارتفاق مقرر قانوناً^(١) وما يستلزم ذلك من التعويضات^(٢). رابعاً . العقود النافذة أو المظهرة للحكر أو الخاصة بما يشبه التصرف^(٣) كالوقف ، كما ذكر أيضاً بمشروع توحيد أقلام التسجيل . خامساً . انتقال الملكية بسبب الوفاة . سادساً . الاسقاط أو الحلول اذا كان الدين مضموناً بتأمين عيني عقارى كامتياز أو رهن رمي أو غير ذلك . سابعاً . أسباب فقد الاهلية كالحجر والصغر (أنظر المادة ١٤ من مشروع السجلات العقارية وقد سبق أن بينا ذلك كله في مكانه) ثم ذكرت المادة ١٥ من مشروع السجلات المقارية الانواع الاخرى الخاضعة للتسجيل وهي عقود الايجار لمدة تزيد عن تسع سنوات وايصالات الايجار لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات وتنبية الحجز العقارى وحكم الافلاس

أما قانون ٢٦ يونيو فانه لم يقل بالتسجيل في هذه الاحوال السبعة بل أخذ ببعضها دون البعض الآخر ، ورأى أولاً ضرورة تقسيم العقود والاحكام الى نوعين كما يستفاد ذلك من المذكرة الايضاحية . والنوع الأول خاص بالعقود والاحكام غير المقررة للحقوق^(٤) والنوع الثانى خاص بالعقود والاحكام المقررة للحقوق أى المظهرة لها^(٥) وهما نحن نبين كل نوع على حدة

١٥ - الطائفة الاولى - العقود والاحكام

المنشئة للحقوق

٦١٧ - ذكرت المادة الاولى بالفقرة الاولى من قانون ٢٦ يونيو هذا النوع بما يأتى : « جميع الحقوق الصادرة بين الاحياء^(٦) بموضع^(٧) أو بغير

(١) Mode d'exercice d'une servitude légale (٢) Indemnité

(٣) Semi-aliénations (٤) المذكرة المذكورة التبعة ٤ ص ٤٦٠

(٥) المذكرة التبعة ٥ ص ٤٦٠ (٦) Actes entre vius

(٧) à titre onéreux

عوض^(١) والتي من شأنها انشاء^(٢) حق ملكية^(٣) أو حق عيني عقارى آخر^(٤) أو نقله^(٥) أو تغييره^(٦) أو زواله^(٧) وكذلك الاحكام النهائية^(٨) التي يترتب عليها شيء من ذلك يجب اشهارها^(٩) بواسطة تسجيلها^(١٠) في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها المقار أو في المحكمة الشرعية وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن والاختصاصات العقارية^(١١)

فما هي اذن القيود والاحكام الخاضعة للتسجيل بهذه الفقرة من المادة الاولى وما هي الشروط التي لا بد من توافرها فيها حتى تخضع للتسجيل ؟
انا نرى الآن هنا عملا لاستعراض بعض الاصول القانونية المعروفة في عهد القانون القديم لتبين ما اذا كانت احكامها القانونية قد تغيرت بقانون التسجيل الجديد أم لم تتغير

ولعلنا نذكر بعد اننا قلنا بان المقود والاحكام الخاضعة للتسجيل في العهد القديم على ثلاثة أنواع : (١) المقود بموض بين الاحياء الناقلة للملكية أو المقررة لحقوق عينية عقارية — (٢) التبرعات — (٣) الايجارات الزائدة مدتها عن تسع سنوات وايصالات الايجار المدفوع مقدما عن مدة تزيد عن ثلاث سنوات . ونرى الاشارة هنا الى حكم كل من هذه الانواع الثلاثة . بعد صدور القانون الجديد

Ayant pour effet pe constituer (٢)	à titre gratuit (١)
Autre droit réel immobilier (٤)	Droit de propriété (٣)
Éteindre (٧)	Modifier (٦) Transmettre (٥)
Rendus (٩)	Jugements passés en force de chose jugée (٨)
Embrasse la compétence judiciaire (١١)	Transcription (١٠) publics

بالقانون المختلط

النوع الاول : في العقود بموضع بين الاحياء والنافلة

للملكية أو المقررة لحقوق عينية عقارية

٦١٨ - ويشمل هذا النوع ما يأتي :

أولاً - الحقوق العينية العقارية

٦١٩ - وهذه الحقوق هي :

(١) الحقوق بين الاحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن وهي الملكية وحق الانتفاع العقاري . هذه الحقوق لا تقرر بين الطرفين الا بالتسجيل . واذا كانت لا تقرر بين العقادين الا بالتسجيل فهي لا تكون من باب أولى حجة على الغير الا اذا تسجلت

(٢) العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى . وحكمها حكم ما تقدمها

(٣) عقود القسمة عن قسمة طبيعية . وردت عقود القسمة بالقانون الجديد بالمادة ٢ وعقد القسمة عقد مؤيد للملكية أي مظهر لها ، لا منشئ ولا مثبت لها . وما دام أن عقد التملك الاصلى مسجل ، وهو العقد المملك للشركاء على الشيوع ، اذ بدون التسجيل لا تنتقل اليهم الملكية ، فكان يجب أن لا يسجل عقد القسمة ما دام أن عقد القسمة مؤيد للملكية سابقة ومسجلة وذلك طبقاً لما قرره في تفسير المادة ٢ المذكورة . ولكن لا يفوتنا هنا أن عقد القسمة يختلف عن العقد المؤيد العادي لانه بعقد القسمة يضمن نصيب الشريك تعييناً محدوداً بعد أن كلف مشاعاً . أي ان عقد القسمة يزيد عن العقد المؤيد العادي في أنه حدد النصيب المشاع ، ويتفق معه في انه أيد الملكية السابقة . ولسبب هذه الزيادة ، وهي الخاصة بالتعيين بعد المشاع ، حتم الشارع المصري ضرورة تسجيل العقد .

وزى هنا ضرورة استبقاء الأخذ بالنظرية المعروفة في عهد القانون القديم بشأن القسمة في أن تسجيل عقد القسمة لا يكون الا اذا كانت الملكية الاصلية الشائعة ناتجة عن غير الميراث . أما اذا كانت ناتجة عن الارث فلا محل لتسجيل عقد القسمة ، لان الملكية الموروثة لا تخضع للتسجيل سواء كانت في أصل تملكها شائعة أو في تعيين أنصبة المالكين على الشيوع . وهذه النظرية قضائية بحث اذ قررها القضاء المختلط كما ذكرنا . ولم يشر القانون الجديد الى مخالفة هذه القاعدة لا بأحد نصوصه ولا بالذكر الايضاحية ولا بمحاضر جلسات اللجنة الخاصة التي وضعت قانون التسجيل الجديد

(٣) الرهن الحيازي العقاري . ولا بد من تسجيل عقده حتى يكون نافذاً على الطرفين وعلى الغير معاً . ولا بد أيضاً من تسجيل عقد إيجار العقار المرهون الصادر من المرتهن الى الراهن حتى يكون حجة على الغير طبقاً لقانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ كما بينا ذلك في مكانه . كما أنه لا قيمة لهذا المقد اذا أفرغ في قالب بيع وفائي وأريد بشرط الوفاء اخفاء هذا الرهن^(١)

والحقوق المينية ، وهي الحقوق التبعية التي لا تخضع للتسجيل لتكون حجة على الطرفين ، هي ما يأتي :

(١) الرهون التأمينية اذ يكفي فيها التقييد . وفي ذلك تقول المادة الاولى من قانون التسجيل « ... مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن العقاري والاختصاصات العقارية »

(٢) حق الحبس . وحكمه أن يتقرر بين العاقدین بلا تسجيل

(٣) الاجارة الطويلة غير معينة المدة^(٢) لا تخضع للتسجيل أيضاً

(٤) الحكر . لا يخضع للتسجيل

(١) أنظر المادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ الجديدتين اللتين قررها قانون ١١ ديسمبر سنة ٢٣ المذكور

Emphytéose (٢)

(٥) المقد ذى الاجارين كذلك لا يخضع للتسجيل هذا وأما الحقوق العينية العقارية الآيلة بالميراث فانها غير خاضعة للتسجيل وهذه القاعدة هي نفس القاعدة المقررة في عهد القانون القديم وهي تخالف القاعدة التي أقرها مشروع المجلات العقارية كما رأينا (١)

ثانياً. المقود بين الاحياء

النافقة أو المنشئة

٦٢٠ - هذه المقود كما قلنا على أنواع كثيرة :

(١) المقود النافقة والوعد بالبيع والوفاء بمقابل (٢) وتقديم عقار بمثابة حصّة للشريك في شركة. كل ذلك يجب تسجيله حتى يكون نافذاً على العاقدين والغير معاً. والصلح كذلك يجب تسجيله اذا تعلق بالاسقاط عن عقار غير متنازع فيه أو تعلق بعقار متنازع فيه وكان عقد تملكه الاصل غير مسجل. أما اذا كان عقد العقار المتنازع فيه مسجلاً فلا محل لتسجيل الصلح الذي أقر صاحبه عليه ، اذ عقد الصلح يعتبر مؤيداً لعقد سابق مسجل. وهذا تضيق للقاعدة التي قررناها في تفسير المادة ٢ من قانون التسجيل الجديد (٣)

(٢) التنازل عن الحقوق الخاضعة للتسجيل أى تركها للغير. ولا بد من

(١) انظر محاضرة موسيو برتلدى المذكورة والمنشورة بمجلة مصر الحديثة : المجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٨٨ والمواد ٢٣ و ٢٤ من مشروع سنة ١٩٠٤ والسادة ٥٨٤ من الاحوال الشخصية لندرى باشا. وقرر صاحب المحاضرة بأن اللجنة الخاصة كانت ترى ضرورة تعيين رجل من رجال الادارة *administrateur ad hoc* خصيصاً لتصفية التركة كما كان ذلك حاصلًا من قبل طبقاً لاحكام الشريعة الاسلامية (ص ١٨١)

(٢) *Dation en paiement* (٣) ولقد وردت كلمة الصلح بمشروع القانون بجانب عبارة « بما فيها القصة العقارية » الواردة بالمادة الثانية (محضر جلسة اللجنة الخاصة في أول ديسمبر سنة ١٩٢٢) ولكن اللجنة رأّت ضرورة حذف كلمة الصلح وخيراً ففعلت . وحذف هذه الكلمة يؤيد ما قرره القضاء بشأن التمييز بين العقار المتنازع فيه وغير المتنازع فيه . وهذا يؤيد أيضاً وجهة نظرنا في أنه لا محل لتسجيل المقد أو الحكم المؤيد لعقد سابق مسجل

تسجيل هذا الاسقاط تطبيقاً للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد

(٣) **التخارج** : وزى هنا كما سبق أن رأينا أنه لا محل لهذه التفرقة التي قال بها القضاء المختلط بين التخارج عن مجموع نصيب الوارث المتخارج وبين التخارج عن عقار أو أكثر من ضمن نصيب هذا الوارث. وزى ضرورة تسجيل عقد التخارج في الحالتين لأن عقد التخارج فيهما اسقاط وتمليك للنير فلا بد فيه من التسجيل طبقاً للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد حتى يكون نافذاً على العاقدين والنير معاً. وأما القضاء المختلط فإنه يظهر أنه سيحافظ في عهد القانون الجديد على التفرقة التي قال بها. وهو لا يقضى في المستقبل بضرورة التسجيل الا اذا كانت التخارج خاصاً بمقار أو أكثر من ضمن نصيب الوارث المتخارج. وأما التخارج الذي ينصب على النصيب برمته فإنه في نظره تمليك يخضع لاحكام التمليك بسبب الارث أى لا يفترط فيه التسجيل. وقد أبنا أنه لا محل مطلقاً لهذه التفرقة

(٤) **الوصية** : والتنازل عن الوصية خاضع للتسجيل ليكون حجة على الطرفين والنير معاً اذا قبلها الموصى اليه بعد الوفاة. وأما اذا حصل التنازل قبل القبول فلا يعتبر هناك تمليك ولا محل حينئذ للتسجيل

(٦٢١ - ٥) **بعضه الامطام** : هذه الاحكام الخاضعة للتسجيل هي :

١ - **الامطام الظهيرة** : أى المؤيدة تسجل اذا كانت العقود المؤيدة لها غير مسجلة. وأما اذا كانت العقود مسجلة فلا محل في نظرنا الى تسجيل هذه الاحكام

٢ - **امطام مرسى المزاد** : هذه الاحكام الصادرة بناء على دعوى نزاع ملكية في القانون الاهلى أو بناء على محضر حجز عقارى في القانون المختلط لا بد من تسجيلها لتكون حجة على الطرفين والنير معاً. وهذه الاحكام تدخل في

نص المادة الاولى من قانون التسجيل الجديد . هذا ونعلم أن القانون قرر من طريق آخر تكليف كاتب المحكمة بتسجيل حكم مرمى المزا (المواد ٦٣٩/٧٧١ مدني ٥٩٠/٦٧٢ مرافعات) ولكن ذلك لا يحول دون صاحب الشأن في العمل على تسجيل الحكم

هذا وفيما يتعلق بالحكمة التي أشرنا اليها بشأن تسجيل تنبيه نزع الملكية مع تسجيل حكم رسو المزا في عهد القانون القديم فهي لا زالت قائمة بالنسبة للقانون الجديد . وفوق ذلك فإن الملكية لا تنتقل بالقانون الجديد بمجرد صدور حكم رسو المزا بل لا بد من تسجيل الحكم . أما القاضي فلا يملك بحكم رسو المزا أن يقضى بنقل الملكية ، لأن نقل الملكية أصبح مشروطاً بأوضاع شكلية تحكمى الاوضاع الشكلية الرومانية . فلا تنتقل الا بإجراءات خاصة هي اجراءات التسجيل بقيوده ومحظوراته طبقاً للقانون الجديد

٣ — اعطاهم مرمى المزا بسبب عدم اطلاله القسم^(١) : وهي أحكام التصفية كما يسميها البعض^(٢) ولا بد فيها من التسجيل لتكون حجة على الطرفين والغير معا

٤ — الاعطاهم الصادرة بمرسى المزا ثانياً بعد مرمى المزا الاول : لابد من تسجيلها طبقاً للقانون الجديد اذا رسا المزا على غير الاول ، أى رسا على من زاد أو على غيرها

٥ — الاعطاهم الصادرة بمرسى المزا بناء على عدم قيام الراسى عليه المزا برفع الثمن^(٣) : قلنا في عهد القانون القديم بعدم ضرورة تسجيل حكم مرمى المزا لأن البيع الثانى قد فسخ البيع الاول^(٤) ، ولأنه لا يترتب على الفسخ نقل الملكية الى من رسا عليه المزا ، انما ترتب عليه حلول^(٥) الثانى محل الاول وقلنا مع ذلك بضرورة التأشير برسو المزا الثانى بالسجل الذى تسجل به رسو المزا الاول ، حتى يعلم الغير أن العقار أصبح مملوكاً للثانى دون الاول

(١) Lécitation (٢) الهلال بك من ٥٢٧ ن ٧٥٣ (٣) Foil encheré

(٤) Résolution (٥) Subroyation

وأما في عهد القانون الجديد فلا بد من التسجيل حتى تنتقل الملكية الى من رسا عليه المزايد في المرة الثانية ، لان الحقوق العينية العقارية لا تنتقل من طريق الحلول القانوني أو الحلول التعاقدى، الا بالتسجيل (المادة ١٣ من قانون التسجيل الجديد)

٦. — حكم الشفعة : يجب تسجيله حتى يكون نافلا للملكية . ويجوز تسجيله بمعرفة المحكمة (المادة ١٨ من قانون الشفعة الصادر في ٢٦ مارس سنة ٩٠١)

٧. — مرسوم نزع الملكية : يعلن على الغير وعلى الطرفين من طريق النشر بالجريدة الرسمية

٨. — الانذارات وعرائصه الدهاوى : لها حكم خاص سيأتى ذكره عند التكلم عن نظرية التأشير في عهد القانون الجديد

النوع الثانى التبرعات

٦٢٢ — يجب تسجيل التبرعات طبقا للادة الاولى من قانون التسجيل الجديد حتى تكون نافذة على الطرفين وعلى الغير معا . والوقفية خاضعة للتسجيل بسجلات المحاكم الشرعية . وتسجيلها هنا حجة على الكافة وطنيين وأجانب والوقفية فهى خاضعة لاحكام الواثع الموضوعه للمحاكم الشرعية (المادة ١٦ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية والمادة ١٢ من لائحة انشاء المحاكم الشرعية) اذ يكفي تسجيل الوقفية بالمحاكم الشرعية لتكون حجة على الغير بما فيهم الاجانب . وقد تعدلت المادة ١٣٧ من لائحة المحاكم الشرعية بمقتضى القانون رقم ٣٣ سنة ٩٢٠ الصادر في ٥ سبتمبر سنة ٩٢٠ وتقررت بان لا بد فى الوقفية من أئهاد على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى ، أو مأذون من قبله ، وأن يكون الاشهاد مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية . (أنظر المادة ٥ من القانون المذكور)

وقرر هذا القانون بالمادة الخامسة المذكورة في نهايتها ما يأتي : « ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير الا اذا كان هو أو ملخصه مسجلاً بسجل المحكمة التي بدأرتها العقار الموقوف طبقاً لاحكام المادة ٣٧٤ من هذه اللائحة » (١)

في قاعدة حصر الاوراق

الخاضعة للتسجيل

٦٢٢ مكرر — قلنا في عهد القانون القديم بنظرية حصر الاوراق الخاضعة للتسجيل . واذا قارنا الآن بين نص المادة الاولى من قانون التسجيل الجديد والمواد القديمة ٦١١ / ٧٣٧ مدني وما بعدها نرى أن النص الجديد جاء طاماً ولم يحدد الحقوق الميينة العقارية الخاضعة للتسجيل

هذا ولا تدل الاعمال التحضيرية للقانون على أنه أريد بالمادة الاولى أن تدمج بها الحقوق الميينة العقارية الاخرى التي لم ترد بالمواد ٦١١ / ٧٣٧ مدني وما بعدها (٢)

النوع الثالث

عقود وايصالات الايجار

٦٢٣ — سنتكلم عنها لمناسبة التكلم على الطائفة الثانية

(١) ناقشت اللجنة الخاصة مشكلة تسجيل الوقفية ، أى اشهر الوقت تمهيداً لتقريره بالسجلات العقارية (محضر جلسة ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٣) ولوحظ لدى اللجنة بأن عدداً كثيراً من حجج الوقف غير مسجل وأنه كثيراً من العقارات الموقوفة لم يكن من السهل تمحيدها . وأن كثيراً من نظار الوقف لا يستطيع تقديم أصول حجج الوقف ويدهون ضياعها (محضر الجلسة السابق) . وأخذ رأى الشيخ محمد نجيت المفتي السابق للديار المصرية في شأن تعليق صحة الوقفية على ضرورة تسجيلها ، فوافق على ذلك (محضر جلسة ١٨ مارس سنة ١٩٢٣)

(٢) وما يدل على ذلك محضر جلسة اللجنة الخاصة في أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ ومحاضرة موسيو برناردي للشورة بمجلة مصر الحديثة بالمجلد ١٣ سنة ١٩٢٢ ص ١٨١

النوع الرابع

الاحكام الملغية لعقد ناقل للملكية

٦٢٤ — سنتكم عنها في نظرية التأشير

ب — الطائفة الثانية : المقود والاحكام

المقررة للحقوق . وبعض عقود الايجار والمخالفات بالايجار

٦٢٥ — هذا النوع من الاوراق الخاضعة للتسجيل يشمل (١٠) المقود والاحكام المظهرة أى المؤيدة^(١) لحق الملكية ولأى حق عيني عقارى (المادة ٦١٢/٧٣٨ مدنى القديم الملغاة) وكذلك عقود وأحكام القسمة العقارية^(٢) (المادة ٦١٢ المذكورة) — (٢) بعض عقود الايجار والمخالفات بالايجار (المادة ٦١٣/٧٤٠ مدنى الملغاة) وتقول في ذلك المادة ٢ ما يأتى :

« يجب أيضاً تسجيل ما يأتى : أولاً — المقود والاحكام^(٣) النهائية المقررة^(٤) لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الاخرى المشار اليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية — ثانياً — الاجارات التى تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالفات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما^(٥) »

والمقود والاحكام هنا هى غير المقود والاحكام بالمادة السابقة الخاصة بإنشاء الحقوق العينية العقارية لا بتأييدها . والفرق بين النوعين ان الاول خاص بإنشاء الحقوق لأول مرة باعتبارها لم تتقرر من قبل بين الطرفين . والثانى خاص بتأييد الحقوق الموجودة من قبل . انما جاءت المقود والاحكام لتأييدها وتثبيتها . ونظراً لاختلاف النوعين من حيث الانشاء فى الاول والاظهار فى الثانى رأى

(١) Déclaratifs (٢) Les partages immobiliers (٣) Actes et

jugements (٤) Déclaratifs (٥) Quittances anticipées أنظر في كيفية

وضع هذه المادة محضر جلسة أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ من محاضر جلسات اللجنة الخاصة

(أموال ذهني — ١١٧)

الشارع وضع مادتين لامادة واحدة^(١) وقالت المذكرة الايضاحية في بيان التفرقة بين النوعين ما يأتي : « وهناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأشياء لم تكن لمجرد عدم تسجيلها . فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على انها لا تكون حجة على هذا الغير اذا لم تسجل . الا أنه لا يمكن تجريد هذه العقود والأحكام من قيمتها الجوهرية وهي الاقرار الصريح بحق ثابت الوجود — وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على عدم تسجيل هذا وذاك النوع من العقود والأحكام يررر وضع مادتين مختلفتين » اهـ

أما الاجارات الخاضعة للتسجيل فهي ما زادت المدة فيها عن تسع سنوات . وايصالات الایجار الخاضعة للتسجيل هي ما تملكت براءة ذمة المستأجر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات لم تحل بعد

٣ - في الجزاء المترتب على عدم التسجيل

٦٢٦ - يقول الشارع في ذلك ما يأتي : « فاذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات^(٢) فلا تكون حجة على الغير^(٣) كما انها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس^(٤) ، غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار اليها في الفقرة الثانية من هذه المادة لا يكون للغير سوى حق تخفيض الاجارة الى تسع سنوات اذا زادت مدتها عن ذلك وعدم اعتماد ما دفع مقدما زائداً عن أجره ثلاث سنين » (المادة ٢ العبارة الثانية من الفقرة ٢) وجاءت عبارة هذه المادة غامضة موجبة للالتباس . ولم تعمل المذكرة الايضاحية على رفع ما شابها من الغموض . وعلى ذلك لا نرى بدأ من تفسيرها بالرجوع الى الاصول العامة المقررة في التسجيل القديم والى الاصل العام الجديد الذي أقره قانون التسجيل الجديد .

(١) المذكرة نيزة ٣ ص ٤٠٨ المارود الثاني (٢) Les dits actes et jugements

(٣) Opposables aux tiers (٤) Entachés de fraude

عقود الایجار وایصالات الایجار : فمن عقود الایجار التي تزيد مدتها عن تسع سنوات وعن ایصالات الایجار الزائدة عن مدة ثلاث سنوات فلا تعتبر هذه الاوراق حجة على الغير الا اذا كانت مسجلة تسجيلا كلياً بالطريقة الجديدة ، أى لا بد أن يعمل منها أصل وصورتان ليبقى الاصل بملف العقود بقلم التسجيل ، ولتسلم احدى الصورتين لصاحب الشأن والاخرى لمصلحة المساحة ومنها للمديرية كما سيأتى بعد . فاذا لم تسجل هذه الاوراق فلا يزول عنها من الاثر القانوني بالنسبة للغير الا ما زاد فقط عن تسع وثلاث سنوات وتبقى نافذة مع ذلك في مجموعها على العاقدین . وأما قيمتها القانونية عن تسع وثلاث سنوات فننازلا فهي حجة على الغير كما

العقود والامطام المظهرة : لقد لاحظنا في المذكرة الايضاحية انها تقول عن هذه العقود والاحكام « الا أنه لا يمكن تجريد هذه العقود والاحكام من قيمتها الجوهرية وهو الاقرار الصريح بحق سابق الوجود » ولاحظنا أيضاً ان الشارع نفسه يقول بالمادة ٢ بأنه « اذا لم تسجل هذه السندات لا تكون حجة على الغير » فاذا أخرجنا من هذه العقود والاحكام عقود الایجار والمخالفات ، التي تعتبر حجة من غير تسجيل عن تسع سنوات فننازلا وعن ثلاث سنوات فننازلا أيضاً فاذا تكون اذن هذه العقود والاحكام غير المسجلة ومع ذلك فلهذا ذات « اقرار صريح بحق سابق الوجود » ؟ وماذا يكون هذا الحق سابق الوجود ؟ هذا الحق سابق الوجود هو الحق الخاص بالالتزام الشخصي الذي قرره المادة الاولى . وهو الحق المترتب على العقد غير المسجل . فان كان العقد عقد بيع مثلاً ترتب عليه ان يكون المشتري حق مطالبة البائع بالتسليم والضمان والى غير ذلك من الحقوق المقررة له بعقد البيع . وكذلك للبائع حقوق أيضاً ناتجة عن البيع ، في أن يطالب المشتري بالثمن : كل ذلك برغم عدم تسجيل عقد البيع . لان التسجيل لم يشرع الا لنقل الملكية فقط . ولكنه لم يؤثر في شيء على الحقوق والواجبات المترتبة على عقد البيع بالذات كما قررنا ذلك مراراً

وعلى ذلك يفهم من نص المادة ٢ المذكورة أنه لابد من تسجيل الورقة المطهرة عقداً كانت أو حكماً حتى تكون حجة على الغير . والذي نقوله نحن أنه لابد من هذا التسجيل أيضاً حتى تكون الورقة أو العقد بوجه عام بما فيه الحكم حجة على الطرفين . لان العقد غير المسجل اذا تأيد بعقد مستقبل آخر أو بحكم فانه يبقى مع ذلك غير قادر على نقل الحق العيني العقارى تطبيقاً للدادة الاولى من قانون التسجيل الجديد . والعقد المستقبل لا يقدر أيضاً على نقل الحق من غير تسجيل . فاذا سجل العقد المؤيد أصبح نافذاً على الطرفين وعلى الغير مما من حيث نقل الحق العيني العقارى . وعند تسجيل العقد المؤيد لا يخلو الحال من واحد من اثنين . اما أن يكون العقد الاصلى غير مسجل واما مسجلاً . فاذا كان غير مسجل فلا بد من تسجيل العقد المؤيد حتى ينتقل الحق العيني العقارى بين الطرفين وحتى يكون حجة على الغير أيضاً .

ولا ينفذ العقد المؤيد المسجل على الغير الا من وقت التسجيل . أما بالنسبة للطرفين فالذى نقول به أن للتسجيل أثر رجعي الى وقت تاريخ العقد الاصلى ، على شرط أن لا يتأثر حق الغير بهذا الأثر الرجعى . أى أن أحد الطرفين وهو المشتري يعتبر مالكا من وقت العقد الاصلى وذلك بالنسبة للبائع له وبالنسبة لمن تصرف له فى المقار بعد ذلك . ولكن لا يعتبر مالكا بالنسبة للغير (أى من تصرف اليهم البائع) الا من وقت تسجيل العقد ، سواء كان العقد الاصلى أو العقد المؤيد وأما اذا كان العقد الاصلى مسجلاً فلا نرى محلاً لتسجيل العقد المؤيد لان من شأن العقد الاصلى نقل الحق العيني العقارى بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير مما . وعلى ذلك لا نرى محلاً مطلقاً لتسجيل العقد المؤيد ، عقداً كان أو حكماً ، ما دام أن العقد الاصلى مسجل وما دام أن العقد المؤيد لم يخرج عن كونه قد أيد الحق المقرر من قبل

في نظرية الأثر الرجعي

للتسجيل الجديد في العقود

٦٢٧ - نقول بأن للتسجيل الجديد المملك أثرًا رجعيًا يرجع الى تاريخ العقد بشرط عدم المساس بحقوق يكون قد اكتسبها الغير من الطريق القانوني وزى من طريق تأييد هذا الرأي من الوجهة العلمية والعملية معاً أن ندلى هنا بأمثلة يمكن معها ضبط النظرية والاحاطة بها لمعرفة مبلغ ما ترمى اليه . فإذا فرض وباع زيد لبكر عقاراً في أول يناير بمقد عرفى لم يسجل . في هذه الحالة لا تنتقل الملكية الى بكر . انما مع عدم انتقالها فان له حق مطالبة البائع بالتسليم وحق الضمان وغير ذلك . فإذا باع بكر لخالد نفس العقار في ١٥ يناير وتسجل هذا العقد الأخير في نفس التاريخ فلا تنتقل الملكية أيضاً الى خالد لانها لم تنتقل بعد الى البائع له وهو بكر . واذا جاء بكر بعد ذلك كله وسجل عقده في آخر يناير ، نقول بأن الملكية تنتقل اليه لا من آخر يناير بل من أول يناير . ويترتب على ذلك ان الملكية تنتقل أيضاً الى خالد في ١٥ يناير . أى ان للتسجيل هذا أثرًا رجعيًا . كل ذلك على شرط أن لا يتعدى هذا الأثر الرجعي الى الاضرار بحقوق الغير الذى سجل عقده بحسن نية قبل تسجيل بكر . وعلى ذلك اذا فرض وباع زيد ، بعد أن باع لبكر ، نفس العقار الى عمر في ١٥ يناير وسجل عمر عقده في ١٥ يناير دون ان يعلم بسبق تصرف البائع له في العقار الى بكر تمذ عقده ، أى عقد عمر . ولا يعبأ حينئذ بتسجيل بكر في آخر يناير ، ولا بتسجيل خالد في ١٥ يناير . لان الأثر الرجعي للتسجيل الذى تقول به انما يقف عند وجود حق مكتسب للغير . واذا لم يوجد حق مكتسب للغير ، سار الأثر الرجعي في طريقه حتى تاريخ العقد أى حتى يوم أول يناير

قد يمكن أن يعترض على هذا الرأي بأنه لا يجوز أن تنتقل الملكية الى المشتري الا من وقت التسجيل فلا يترتب على العقد سوى مجرد التزامات شخصية كما

تقول بذلك المادة الاولى من قانون التسجيل
ولكننا نرد على هذا الاعتراض بما يأتى :

(١) ان المادة الاولى من قانون التسجيل لا تقول بان الملكية تنتقل من وقت التسجيل ، انما تقول بان الملكية (أو أى حق عيى عقارى آخر) لا تنتقل الا بالتسجيل وهى فى ذلك تقول ما يأتى : « ويرتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » والفرق ظاهر بين قول المادة بان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ، وبين عدم قولها بان الملكية تنتقل من وقت التسجيل . ولا نرى نحن تعارضاً فى القول بانتقال الملكية بالتسجيل وأن يكون لنقلها أثر رجعى . لان الاثر الرجعى موقوف على التسجيل . فاذا حصل التسجيل انتقلت الملكية من وقت حصول العقد على شرط عدم الاضرار بالحق المكتسب بحسن نية للغير

(٢) ان العقد قبل التسجيل مقرر لالتزامات شخصية . وهو بذلك عقد ملزم لطرفيه . ولكل من الطرفين قبل الآخر حقوق وعليه واجبات . واذا كان الأمر كذلك فانه لا يكون من السهل القول بان التسجيل لا يؤثر بشئ ما على الحقوق السابقة عليه . لان العقد قبل التسجيل موجود قانوناً وترتبت عليه حقوق وواجبات . فللمشتري المطالبة بتسليمه العقار . وللبائع المطالبة بالتأمين . وشرع التسجيل فقط لمصلحة المشتري . فاذا تأخر فى اجرائه فلا يجوز أن يترتب على التأخير ضرر به طالما أنه لم يكن هناك حق مكتسب للغير بحسن نية . وعلى ذلك نرى أن التسجيل يأتى وينقل الملكية بمد أن يكون قد أيد العقد السابق الموجود قانوناً . أو أن التسجيل ينقل الملكية ويؤيد العقد السابق فى وقت واحد . ومن المتعذر أن يقال هنا أن التسجيل يجعل العقد نافذ المفعول فقط من وقت حصول التسجيل ، بينما العقد موجود من قبل ومقرر لحقوق وواجبات

(٣) ان القياس مع المادة ٢٦٤ مدنى الخاصة ببيع عقار غير مملوك للبائع يؤيد هذا الرأى . لان القول بان تملك البائع للعقار فيما بعد ليس له أثر رجعى ، انما

ينصرف ذلك الى المالك الحقيقي . فاذا رهن المالك الحقيقي العقار المبيع من غير مالك ثم ملكه بعد ذلك ، البائع غير المالك ، فلا يجوز للمشتري من هذا الاخير أخذ العقار غير محمل بحق الرهن الموقع عليه من قبل من المالك الحقيقي . ولكن اذا فرض ولم يتوقع عليه هذا الرهن من جانب المالك الحقيقي بل توقع من جانب المشتري فان هذا الرهن يبقى عند تملك البائع له المقار من المالك الحقيقي . أى اننا نقول فى ذلك كله بأن تملك البائع للعقار غير المملوك له أثراً رجعياً بالنسبة للمشتري منه على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب للغير ، أى لمن اكتسب حقاً من المالك الحقيقي . وهذه الحالة الخاصة بالمادة ٣٦٤ مدنى المذكورة تحكى ما نحن بصدد الآن فى أن للتسجيل أثراً رجعياً على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب بحسن نية للغير

٤) ان للأثر الرجعي اعتبارات عملية تؤيده وتبرر ضرورة الاخذ به . ذلك لانه اذا قيل بأن الملكية لا تنتقل الا من وقت التسجيل لترتب على ذلك أيضاً القول بأن ملكية خالد لا تنتقل الا يوم انتقال ملكية بكر ، أى يوم تسجيل بكر لمعقده وهو يوم آخر يناير (المفروض هنا أن زيد لم يتصرف ثانياً الى عمر) أى يعتبر أن بكرأ وخالدأ تملك كلاهما المقار يوم آخر يناير . ويجب الفرض حتماً أن بكرأ تملك قبل خالدحتى يمكن القول بتملك خالد ، لان هذا الاخير مشتري من بكر . ولكن ماذا يكون رأى فيما اذا فرض ورهن بكر المقار قبل بيعه لخالد وسجل المرتهن الرهن ، ثم رهن أيضاً خالد المقار لمرتهنين فى تواريخ مختلفة وتسجلت عقود الرهن ؟ اذا حصل ذلك كله فساذا يمكن القول بشأن هؤلاء المرتهنين جميعاً من بكر وخالد عند ما يتسجل عقد بكر فى يوم آخر يناير ؟ كيف يمكن ترتيب درجاتهم ، وعلى الاخص اذا أضفنا اليهم دائنين باختصاص موقع على المقار ؟ بل ما القول فيما اذا فرض فوق ما تقدم وباع خالد المقار لشخص ، وماذا تكون مرتبة هذا المشتري الاخير مع المرتهنين العديدين السابقين وأصحاب الاختصاص ؟ أليس الافضل عملياً فى كل ذلك أن يقال بأن للتسجيل أثراً رجعياً

فيتأيد كل عقد من وقت حصوله على شرط عدم الاضرار بحق مكتسب بحسن نية الغير من جانب البائع الاول وهو زيد ؟ أليس ذلك أفضل من القول بأن هذه العقود المختلفة ، ومعها الاختصاص أيضا ، حصلت في يوم واحد وانها تتراحم جميعها على اقتسام ثمن العقار وأن التفاضل بينها يرجع لاسبقية كل عقد على حدة ؟ ان القول بالآثر اللارجمي للتسجيل لا يتعارض لا مع نصوص قانون التسجيل ولا مع القواعد العامة . بل فوق ذلك فان الاعتبارات العملية تؤيده وتبرره .

(٢) في الشروط الشكلية

للعقود الخاضعة للتسجيل

٦٢٨ — يتعلق هذا القسم بالمسائل الثلاثة الآتية : (١) البيانات الشكلية . — (٢) الفصل في الخلاف الخاص بالبيانات الشكلية . — (٣) المصادقة على الامضاءات والاختتام

١ — البيانات الشكلية

٦٢٩ — رأى الشارع ضرورة جعل العقد الخاضع للتسجيل بطريقة شكلية بحيث تكون بعيدة عن النموض والابهام سواء فيما يتعلق بالمعار محل العقد أو بالاشخاص . وان كانت أصبح طريقة في ذلك تحرير العقود بطريقة رسمية كما يريده مشروع السجلات المقارية ، الا أن الشارع رأى أن يأخذ الآن بعلاج آخر مؤقت بدلا من تحرير العقود بطريقة رسمية ^(١) لذا قرر بالمادة ٣ ما يأتي :

» يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين المعار بالذات وعلى الاخص : (ا) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وكذلك محل اقامة الطرفين ، (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمرة القطع

(١) المذكرة الايضاحية للنقطة ١٣ من ٤٦٥ — ٤٦٦

إذا كانت واردة في قوائم فك الزمام وكذلك حدود مساحة القطع بأدق بيان مستطاع - ويجب في عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلاً^(١)

٦٣٠ - ولما كان من المحتمل أن يقع خلاف بين طالب التسجيل وبين حافظ السجل بشأن شكل العقد المقدم للتسجيل ، احتاط الشارع في معالجة هذا الخلاف بأمرين

الامر الاول : قرر الشارع أنه في حالة وقوع خلاف يعرض الامر على قاضي الامور الوقتية . وفي ذلك قالت المادة ٤ ما يأتي : « المحررات العرفية التي لا تشمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها الا بعد الحصول على ترخيص^(٢) بذلك من قاضي الامور الوقتية^(٣) وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات في دفتر العرائض^(٤) نمرة مسلسلة تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضي^(٥) ويجب تقديم الطلب اليه في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً »

الامر الثاني : رأى الشارع تكليف الحكومة بعمل نماذج خاصة . وفي ذلك قررت المادة ٥ ما يأتي : « تسهيلاً لمرعاة ماورد في المادة الثالثة تقدم الحكومة

(١) وقد صدر قانون في فرنسا في ٢٤ يوليو سنة ١٩٢١ قرر وضع نماذج مخصوصة للعقود يكتبها صاحب الشأن نفسه من واقع العقد الذي يكون بيده ويقدم صورتين من هذا النموذج مكتوبتين لحافظ سجلات الرهون فيحفظ هذا الاخير احدهما عنده ثم يجمع العور المتجمعة له في نهاية مدة معينة لتقوم مقام سجلات التسجيل وتعطى الصورة الثانية لصاحب الشأن بعد أن يؤشر عليها بما يفيد حصول التسجيل وبما يشير الى أي سجل من السجلات وفي أي صحيفة منه (مذكرات دموج ص ٩٤٤) وفي ٢٨ أغسطس سنة ١٩٢١ وفي ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢١ صدر مرسومان يبيان تفصيل لهذا القانون . ويرى الفقه بمصر الفات نظر محكمة الاستئناف المختلطة الى تكليف ظم الكتاب بضرورة تحقيق صفة الوكالة عند تسجيل العقود كما هي المادة المتبعة في تحقيق هذه الصفة عقد تحرير العقود الرسمية : « قال للاستاذ كوهين Cohen بمجلة المجازات المجلد ١٤ سنة ١٩٨٤ ص ١٦٢ لأنه كان من الواجب على الشارع أن يحتاط في هذا الامر عند وضعه المادة ٣ من قانون التسجيل الجديد (المقال المذكور)

Juge de service (٣)

Autorisation (٢)

Décision du juge (٥)

Régistre des requêtes (٤)

لأرباب الشأن^(١) نماذج مطبوعة^(٢) لاهم العقود التي يقضى بتسجيلها «
هنا وانا نرى من ضم المواد الثلاثة ٣ و ٤ و ٥ الى بعضها البعض أن
يستنتج ما يأتي :

١ — تشير المادة ٤ الى أنه عند حصول خلاف في البيانات يرفع الامر لقاضى
الامور الوقتية . ثم قررت المادة ٥ التي تأتي بعدها عمل نماذج مطبوعة . فهل
يستفاد من ذلك أن طبع النماذج يحول دون وقوع خلاف ؟ نظن لا . وعلى ذلك
نرى أنه مع وجود النماذج المطبوعة وحصول خلاف يجب أيضاً رفع الخلاف الى
قاضى الامور الوقتية . وكان الافضل وضع المادة ٥ قبل المادة ٤ حتى تكون هذه
الاخيرة متمشية على الخلاف سواء لم توجد نماذج أو وجدت . نقول ذلك
وحجتنا أن المادة ٤ تقول بأن القاضى يفصل في الخلاف القائم بشأن البيانات
الواردة بالمعد ، أى البيانات بوجه عام سواء وضعت الحكومة لها نماذج أم لم تضع
٢ — قاضى الفصل في الخلاف هو قاضى الامور الوقتية وهو غير قاضى
الامور الجزئية وغير قاضى الامور المستعجلة كما لا يخفى .

٣ — وما هى طريقة الحصول على ترخيص القاضى ، وهل هناك من وسائل
للظمن في الترخيص ، والى أى قاضٍ يقدم الطلب ، هل قاضى المحكمة الجزئية
أو المحكمة الكلية ؟ لم يذكر القانون شيئاً من ذلك . ولذا نرى ضرورة الاخذ
هنا بالاحكام العامة المقررة في قانون المرافعات باعتبار أن هذا الشأن يتعلق
بأمر على عريضة^(٣)

٤ — يجب أن يثبت بدفتر المرائض تاريخ تقديم العقد حتى يأخذ له درجة
في الترتيب : بحيث لا يضار صاحب العقد فيما اذا صدر قرار القاضى متأخراً .
ويرجع ذلك أيضاً الى القول بأن الاحكام مظهرة في الاصل أى مؤيدة لا منشطة
اذ لا يجوز أن يترتب على التأخير في الفصل قضاء ضرر للمتقاضين

٥ — يجب تقديم الطلب الى القاضى فى ظرف ثلاثين يوماً . بحيث اذا مضت المدة فيكفى اثبات دور العقد بدفتر العرائض . وعلى صاحب العقد أن يقدمه من جديد . وفى هذه المدة يثبت له بدفتر العرائض تاريخ جديد .
٦ — ان القانون لم يقرر مدة يصدر فيها قرار القاضى . ولا ضرر من تأخير صدور قراره ما دام ان العقد قد ثبت دوره بدفتر العرائض

٢ — فى التصديق على الامضاء أو الاختتام

٦٣١ — هال الشارع ما رآه من كثرة التزويرات فى بلد لم يزع فيه بعد مبدأ القراءة والكتابة . ولذا فكر بمشروع السجلات المقارية أن يقضى كل القضاء على العقود العرفية وان يجعل التعاقد بين الناس من الطريق الرسمى أى بمقود رسمية حاصلة امام الموثق . ولكن الشارع المصرى كان يرغب عن الاخذ برسمية العقود حتى يبقى بذلك للعقود العرفية آثارها بين الناس برغم ما قال به انصار الرسمية من أن الناس فى معاملاتهم كانوا يجرون على عادة التعاقد أمام القضاة الشرعيين بالحاكم الشرعية قبل ظهور المحاكم العصرية . لذا لما أراد الشارع الحاضر وضع قانون التسجيل الجديد رأى ضرورة التوفيق بين المذهبين مذهب الرسمية ومذهب العرفية . فأباح الاخذ بالعقود العرفية على شرط التصديق على الامضاء من موظف حكومى يندب لهذا الغرض كما فعلت القوانين الفرنسية^(١) والايطالية^(٢) وفى ذلك قررت المادة ٦ ما يأتى : « يجب التصديق^(٣) على امضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين^(٤) الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها فى المادة السابعة عشر » والمادة ٧ خاصة بالتفويض لوزارة الحفانية باصدار ما تراه لازماً لتنفيذ هذا القانون . ولذا أصدرت هذه الوزارة قراراً فى

(١) المذكرة الايضاحية ن ٤ ص ٤٦٦

(٢) Légalisées (٣) Officiers publics

١٢ يوليو سنة ٩٢٣ قررت بالمادة ٦ منه الاباحة للمأموريات التي قررت انشاءها
لاقلام الرهون المختلطة بالقيام بعملية التصديق . واذا لم يشأ الموقع الحضور امام
الموظف لاجل المصادقة على الامضاء فيجوز له احب الشأن حق رفع دعوى تحقيق
الامضاء أو الحكم بالطرق المقررة في قانون المرافعات كما ذكرنا (المواد ٢٥١
مرافعات وما بعدها)

٣ - في التأشير وتسجيل الدعوى

٦٣٢ - يتناول القول هنا بشأن التأشير^(١) وتسجيل الدعوى^(٢) الابحاث
الآتية : ١ - التأشير والدعوى ٢ - اسقاط الدين المضمون عقاريا وتحويله

١ - التأشير والدعوى

٦٣٣ - زى ضرورة الامام هنا باحكام القانون القديم وأحكام القانون
الجديد حتى تقف بذلك على أثر مبلغ القانون الجديد

١ - احكام القانون القديم

٦٣٤ - شرع التسجيل في القانون القديم ليكون حجة على الغير فقط
لا على العاقدین والغير معاً . والتسجيل القديم انذار للمتعاقد على ما يحف العقار
من المخاطر . فاذا لم يكن هناك تسجيل تماقد المتعاقد مع المالك وهو مطمئن الى
أن العقار مطهر من الشوائب ، حتى ولو كانت هناك تصرفات واقعة . وعلى ذلك
اذا سجل قبل من تقدمه نفذ عقده على شرط أن يكون حسن النية

هذا والمسائل الخلافية التي قامت قبل القانون الجديد تنحصر فيما يأتي :

١ - حسن النية : لا ينفذ العقد المسجل الا اذا كان صاحبه حسن النية .
فاذا كان سيئ النية فلا ينفذ . وزمى بسوء النية الى التواطؤ بين المسجل والمالك ،

أو الى العلم الا كيد لدى المسجل سبق حصول التصرف^(١)

٢ — تسجيل عقد المشتري عند قيام النزاع بين البائع والمنازع :
وهنا رأيان . رأى يقول بسريان الحكم الصادر في النزاع على المشتري . ورأى
يقول بعدم سريانه^(٢) ولما اشد الخلاف بين الدوائر المختلطة عرض النزاع على
الدوائر المجتمعة المختلطة وطلب اليها البت في المسئلتين الآتيتين : (١) هل يعتبر
الحكم الصادر لمصلحة المستحق في دعوى ضد البائع حجة على المشتري الذي
سجل عقده ؟ (٢) هل التسجيل من شأنه أن يجعل الخلف^(٣) غيراً^(٤) أو أن
القانون أراد فقط بأن الذي يجب تسجيله من الاحكام هو الاحكام المنشئة للحقوق
والتي تعتبر بمثابة عقود ؟ فاصدرت الدوائر المجتعة حكمها في ١٥ يناير سنة ٩١٤
وقررت ما يأتي : (١) لا يكون الحكم الصادر ضد البائع حجة على المشتري
الذي سجل عقده والذي اشتراه أثناء قيام النزاع . — (٢) ان الاحكام التي
لا تخضع للتسجيل هي الاحكام التي تؤيد حقوقاً مستفادة من عقود مسجلة من
قبل أو تؤيد حقوقاً مستفادة من الوراثة التي لا تخضع للتسجيل^(٥)

٣ — نزاع المتعاقدين مع الوارث ، مع المتعاقدين مع المورث : كأن يبيع
المورث قبل وفاته عقاراً ولا يسجل المشتري ، ثم يبيع الوارث نفس العقار ويسجل
هذا المشتري ؟ فأى المشتريين يفضل على الآخر ؟ تمارضت الآراء وربما كان
الرأى القائل بصحة عقد الثانى هو الاصح^(٦)

٤ — هل تسجيل التفتيح بزرع الملكية يقرر حقاً عقارباً للدائنين ؟ الخلاف قائم
بين علماء القانون الفرنسي . وظهر الخلاف ظهوراً كبيراً لمناسبة صدور حكم

(١) راجع المذاهب المختلفة في ذلك كتابنا للدائنين في الاثبات ج ٢ ص ٢٩٨ — ٣٢٢

— والهلالي بك ص ٢٨٢ ن ٤٥١ وما بعدها (٢) الدائنين ج ٢ ص ٢٤٦ — ٢٧١

(٣) Ayant-cause (٤) Tiers

(٥) م ث ق ، ٢٦ ، ١٤٢ . — ج ٤ ص ٨٣ رقم ١٩٣ . الدائنين ج ٢ ص

٢٧٢ — ٢٧٣ (٦) الاثبات ج ٢ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ والمراجع العديدة الواردة بها

— الهلالي بك ص ٢٨٨ — ٢٩٤ ن ٤٥٩ — ٤٦٢

النتقض الفرنسي في ٢٥ يوليو سنة ١٨٧٧ . ويظهر الخلاف أكثر فأكثر بمصر لخالفه النص المختلط (المادة ٦٠٧ مرافعات) الذي حصر على المدين من التصرف في العقار بعد تسجيل التنبيه ، للنص الاهلي (المادة ٥٤٥ مرافعات) الذي لم يشر الى هذا الحصر^(١) والحكمة من التفرقة بين الرأيين أنه عند القول بعدم الحصر يصبح تصرف المدين بعد تسجيل التنبيه حجة على الدائن وانه ليس لهذا الاخير الطعن فيه الا بدعوى الابطال أو الصورية . وهو ما لا تقول به

على انه يجوز القول في هذه الحالة بان هناك حقا تقرر بالقانون ذاته^(٢) وهو عكس الحق الذي يتقرر برضاء العاقدین^(٣)

٥ — يقرر القانون القديم أن التسجيل لا يكون الا للعقود بالشروط القانونية المعروفة ، وللأحكام أيضاً . فخرجت بذلك عرائض الدماوى والاندازات على أيدي المحضرين . ولكن جرت العادة في مجال العمل أن أقلام التسجيل لا ترفض تسجيل هذه الاوراق . فهل يؤخذ بتسجيلها حجة على الغير ؟ قلنا بالسلب .

٦ — تسجيل ورقة الضد هل تعتبر ورقة الضد^(٤) نافذة للاحقوق حتى يجوز تسجيلها لتكون حجة على الغير ، أم هي مؤيدة للحق السابق ، فلا تخضع له ؟ هناك خلاف عظيم في رأيين مختلفين . وقلنا بعدم جواز التسجيل^(٥) هذه هي المسائل الرئيسية الهامة للقانون القديم . ولنتظر الآن في حكم القانون الجديد لها^(٦)

٢ — القانون الجديد والمسائل الست السابقة

٦٣٥ — ١ — من النية : أصبح التسجيل الجديد نافلاً للملكية بين العاقدین وبالنسبة لغير . وليس معنى نقل الملكية بين العاقدین أن التسجيل

(١) المداينات ج ٢ ص ٣٨٢ — ٤١٤ (٢) situation objective (٣) situation subjective "وهذه التسمية هي من أوضاع الاستاذ دوجي Duguit" والتي يستفيض بها من كلمة حق droit تخالفاً من الاشكالات القانونية العلمية الناشئة من الأخذ بكلمة حق (٤) المداينات ج ٢ ص ٣٨٢ — ٤١٤ (٥) Contre-lettre (٦) المداينات ص ٣٣٠ — ٣٥٩

يظهر العقد من شوائب التواطؤ بين العاقدين وهو التواطؤ الذي وقع اضراً
 بشخص آخر سجل قبل تسجيل العقد المعيب بعبء التدليس . ونرى أن العقد
 المسجل أولاً والمشوب بالتواطؤ لا ينقل الملكية لا بين العاقدين ، ومن باب أولى
 بالنسبة للغير ، ذلك الغير الذي اشترى وسجل بعد المشتري الاول . وقد قررت
 المادة ٢ من القانون الجديد الخاصة بالعقود والاحكام المظهرة لحقوق العقارية
 والمؤيدة لها بأنه « اذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على
 الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا داخلها التدليس » ونظن
 أنه يصح الاخذ بقاعدة التدليس هذه سواء كان العقد أو الحكم مظهرأى
 مقررأ للحق ، أو مثبتأ أى منشئأ للحق . ولا معنى للفرقة بين اعتبار التدليس
 مبطلا لأثر التسجيل في العقد المظهر وعدم اعتبار التدليس مبطلا لأثر التسجيل
 في العقد المثبت . وربما كان أثر الابطال في الحالة الثانية أظهر منه في الحالة الاولى
 كل ذلك لأن التدليس لا يؤيد حقأ ولا ينشئ حقأ بل هو والحق على طرفي
 تقيض فلا يستند الحق الى التدليس ولا يترتب على التدليس حق ما . وكان الاولى .
 بالشارع أن يضع بالقانون الجديد قاعدة عامة تتمشى على الحالتين^(١)

وبأى المذاهب في حسن النية وسوئها يجب الاخذ بعد القانون الجديد ؟
 علمنا ان المذاهب مختلفة في القانون القديم . اذ يقول البعض بأن سوء النية هو

(١) أى الدفع دعوى الاستحقاق لا يستفيد من هذا الحكم اذا حصل تسجيل عقد المشتري قبل صدور الحكم — وعبارة اذا داخلها التدليس Entachés de fraude الواردة بالمادة ٢ المذكورة لم تكن موجودة بالمسروع الاول عند ما نوقش أولاً بجلسة أول ديسمبر ٩٢٢ اذ وردت العبارة هكذا « فإذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير حسن النية Tiers de bonne foi » وبجلسة ١٦ ديسمبر ٩٢٢ طلب المرحوم عبد الحميد باشا مصطفى حذف عبارة حسن النية لاختلاف آراء القضاة في تفسيرها لانه لا يعرف فيما اذا كان يراد بها مجرد العلم simple connaissance أو التواطؤ connivence وعرضه موسيو برناردى في حذف هذه العبارة وتقرر وضعا بالصيغة الاتية « فإذا لم تسجل هذه الاحكام والسندات ، وفيما عدا حالة التدليس et-sauf le cas de fraude فلا تكون حجة على الغير » ويظهر ان النص الاخير المعروف لان انما وضعت اللجنة التشريعية لقوانين بوزارة الحفانية وهو وضع بحكم واكثر ايضا لاجل وضع المسروع

التواطؤ بين العاقدین . ويقول البعض الآخر بأن سوء النية هو علم المتعاقد مع المالك بسبب تصرف هذا الأخير في الحق العيني العقارى . وقد قلنا بضرورة الاخذ بالتواطؤ أو العلم الاكيد الذى لا شبهة فيه ، في حالة القانون القديم ، ونرى الاخذ بهذا المبدأ أيضا في حالة القانون الجديد . بمعنى ان مجرد العلم البسيط لا يكفى في ابطال أثر التسجيل بين العاقدین

٦٣٦ - ٢ - تسجيل عقد المشتري عند قيام النزاع بين البائع والمنازع . عرفنا رأى الدوائر المختلطة المجتمعة بحكمها في ١٥ يناير سنة ١٩١٤ اذ يقرر هذا الحكم ان الحكم الصادر في النزاع ضد البائع لا يحتاج به على المشتري المسجل . أى ان الحكم غير نافذ على رافع دعوى الاستحقاق اذا سجل المدعى عقده قبل صدور الحكم . ويقرر الحكم أيضا ان الحكم أو العقد المظهر لعقد سابق مسجل لا يسجل . اذا علم ذلك فهل يصدق هذا الحكم بقواعده على حالة القانون الجديد ؟ وما هو اذن حكم القانون الجديد في هذه الحالة ؟ ذكر القانون الجديد مسائل ولم يذكر مسائل :

٦٣٧ - أولا : ذكر القانون الجديد مسائل رأى فيها ضرورة اتخاذ احتياطات خاصة : هذه المسائل هى المتعلقة بطلب بطلان عقد ^(١) أو فسخه ^(٢) أو الفائه ^(٣) أو الرجوع فيه ^(٤) وفى ذلك قررت المادة ٧ ما يأتى : « يجب التأشير ^(٥) على هامش سجل المحررات ^(٦) واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الانهاء أو الرجوع فيها . فاذا كان المحرر الاصلى لم يسجل ففسجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق ^(٧) أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها ^(٨) أو التأشير كما ذكر ^(٩) وعلى ذلك اذا باع شخص

(١) Annulation (٢) Résolution (٣) Révocation

(٤) Rescision (٥) Annotés (٦) En marge de transcription

(٧) Demandes en revendication (٨) Transcrits

(٩) Annotés . فيما يتعلق بكيفية وضع هذه اللادة انظر محضر جلسة ٢ ديسمبر ١٩٢٢

من محاضر جلسات اللجنة الخاصة

(ويلحق بالبيع كل تصرف فى حق عينى عقارى بالبيع أو الرهن أو تقرير ارتفاق وهكذا) عقاراً ثم أراد بعد ذلك ابطال العقد لأى سبب من الاسباب فلا يخلو الحال مما يأتى :

اما أن عقد المشتري تسجل . وفى هذه الحالة تنفذ تصرفات المشتري على العقار فيما اذا باعه أو رهنه أو غير ذلك . فإذا رفعت الدعوى من المالك الاصلى وهو البائع الأول بطلب البطلان أو الفسخ الى آخر الداوى المبينة بالمادة ٢ فلا محل للتأشير بعريضة الدعوى . ومن باب أولى التأشير بالحكم (وهو التأشير المنوء عنه بالمادة ١٠) وذلك بالنسبة للمشتري من المشتري . ولكن ينفذ التأشير بالدعوى والحكم ضد من يتعاقد مع المشتري بعد هذا التسجيل . ولذا يجب التأشير فى هذه الحالة الأخيرة

واما أن المشتري لم يسجل عقده . وفى هذه الحالة لا ينتقل الحق بين العاقلين . واذا رفعت الدعوى من المالك الاصلى بأحدى الطلبات المبينة بالمادة ٢ وجب عليه تسجيل العريضة (وقلنا هنا التسجيل ولم نقل التأشير . لأن التأشير يكون فى حالة تسجيل العقد المطعون فيه . واذا لم يسجل هذا العقد وجب تسجيل عريضة الدعوى ثم التأشير بالحكم على هذا التسجيل طبقاً للمادة ١٠) وقالت . بالتسجيل المادة ٢ . والفرض من التسجيل على ما ترى انما هو قطع خط الرجعة . على المشتري الاول حتى اذا سجل عقده بعد تسجيل عريضة الدعوى ثم تصرف فى العقار لآخر فلا ينفذ تسجيله ، أى تسجيل هذا المشتري ، ولا تسجيل المشتري منه . قلنا قطع خط الرجعة لان هذا المشتري الاول لا ينقل حقاً طالما أنه غير مسجل . انما الخوف فى أن يتسجل بعده . وتسجيل الدعوى مبطل ولا شك لآثر التسجيل المتأخر للعقد المطعون فيه

والتأشير بالعريضة ، فى حالة سبق تسجيل العقد المطعون فيه ، وتسجيل الدعوى ، فى حالة عدم تسجيل ذلك العقد ، وازدان فقط فى حالات معينة وهى ما اذا رفعت الداوى بالبطلان والفسخ والالغاء والرجوع

والفرض الذى ينشده الشارع من ضرورة التأشير والتسجيل بشأن عريضة الدعوى هو أخبار النير بما يحف العقار من المخاطر فيما اذا جاء شخص وتعامل مع المشتري . وهذا أخذاً بما قرره بعض الشرائع الحديثة ، وربما اعتبر ذلك خطوة من خطوات التقدم فى سبيل الأخذ فيما بعد بقانون السجلات العقارية . وفوق ذلك فان فى هذا التأشير أو التسجيل تحقيقاً لفكرة رجوع الحكم فى أثره الى وقت رفع الدعوى^(١) . هذا من الوجهة العملية . وأما من الوجهة العملية فقد روى فى التأشير والتسجيل ما قرره المذكرة الايضاحية فيما يأتى : « وقد دل العمل فى المحاكم على أمر كثير الوقوع فى القطر المصرى وهو ناتج من وجود سلطتين قضائيتين أهلية ومختلطة معاً . فكثيراً ما يحدث أن يجد المدعى نفسه ، بعد حصوله على حكم بطلانه ، أمام تصرفات فى العقار المتنازع فيه صادرة من خصمه أثناء السير فى الدعوى : وهذا أمر كثير الوقوع على الأخص فى حالة صدور أحكام من المحاكم الأهلية ، فيلجأ الى تلك الطريقة توصلاً لرفع الدعوى من جديد أمام المحاكم المختلطة بأمل كسبها هناك » اهـ^(٢)

وكذلك الحال أيضاً فإنه يؤخذ بالتأشير والتسجيل فى حالة ما اذا كانت الدعوى دعوى استحقاق (المادة ٧ الفقرة الأخيرة) . وقالت فى ذلك المذكرة الايضاحية ما يأتى : « وفى الواقع فإن عدد هذه الدعاوى أصبح عظيماً جداً . وهذه الدعاوى هى من أكبر المراقيل لسير المعاملات العقارية . ولا يفرج عن البال أيضاً أنها سهلت الالتجاء الى الحيل التى سبقت الاشارة اليها فى النبذة السابقة بواسطة التنازل لاشخاص من جنسية أجنبية »^(٣)

ونرى بناء على ذلك أن رافع دعوى الاستحقاق ملزم بأجراء عملية التأشير أو التسجيل لعريضة دعوى الاستحقاق حتى يكون الحكم فيها نافذ المفعول عند وقت رفع الدعوى (أى من وقت التأشير أو التسجيل) ضد من يتعامل مع المدعى

(١) المذكرة الايضاحية النبذة ٦ من ٤٦١ (٢) المذكرة النبذة ٦ من ٤٦١

(٣) المذكرة نبذة ١١ من ٤٦٣ — ٤٦٤

عليه في دعوى الاستحقاق بعد التأشير أو التسجيل

٦٣٨- في الحقوق المكتسبة للغير قبل تسجيل الدعاوى أو التأشير بها :
ان النرض من العلانية بالتأشير أو التسجيل انما هو اعلان للغير بما يهدد الحق العيني
المقارنى من المخاوف والمخاطر . فاذا تعاقد الغير وجب عليه الحصول على الشهادة
المقارنية بجميع التكاليف المقررة على الحق^(١) فاذا وجد بها تأشيراً أو تسجيلاً
أدرك مبلغ ما يعيب الحق من الشوائب . فاذا تعاقد بعد ذلك فهو مجازف . وعلى
كل حال يصعب الحكم الصادر فى الدعوى المسجلة عريضتها أو المؤشر بمرضاها
حكماً نافذاً للمفعول من وقت التأشير والتسجيل . وفى ذلك تقول المادة ١٢ ما يأتى :
« يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابقة أو التأشير بها أن حق
المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة^(٢) على من ترتبت لها
حقوق^(٣) وأصحاب الديون المقارنية^(٤) ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعوى أو
التأشير بها » وذلك باعتبار ان الحكم جاء مؤيداً للطلب المعلن على الجمهور بطريق
الاشهار باحدى أدواته وهما التأشير أو التسجيل

هذا بالنسبة للحقوق التى تكتسب بعد التأشير أو التسجيل . وما القول الآن
بشأن الحقوق المكتسبة قبل التأشير أو التسجيل ؟ قرر الشارع فى ذلك بالمادة
١٢ فقرة ٢ ما يأتى : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير
المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها^(٥) » بمعنى أن
الحقوق التى اكتسبها الغير ، وهى حتماً الحقوق العينية المقارنية الخاضعة للتسجيل ،
تصبح نافذة المفعول على المدعى الذى لم يؤشر (نقول يؤشر ولم نقل يسجل لان
فى التأشير معنى سبق تسجيل العقد المطعون فيه ، والعقد لا يعتبر نافذاً الا اذا
تسجل كما هو معلوم) . ونرى أن تعاذاها يكون بشرط حسن النية . بحيث لو كان

(١) المذكرة ببلدة ٩ ص ٤٦٢ Opposables (٢)

Créanciers hypothécaires (٤) Tiers acquéreurs (٣)

Restent régis par les dispositions et principes en vigueur (٥)

هناك سوء نية وجب اعتبار التدليس هادماً لكل حق وحائلاً دون تكوين أى حق .

وعلى ذلك اذا ترتب للغير حق عيني عقارى على العقار المتنازع بشأنه وتقرر هذا الحق بالوسائل القانونية المقررة ، كما اذا اشترى مشتر وسجل عقده ، أو ارتهن مرتبه رهنًا رسميًا وقيد رهنه أو رهنًا عقاريًا وسجل عقده ، أو تقرر لشخص حق ارتفاق في منفعة عقاره على عقار جاره ، وتسجل العقد ، ثم جاء التأشير لعريضة الدعوى بعد ذلك ، فلا مفعول لهذا التأشير

• وهذه القاعدة التي قررتها هذه الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ هي نفس القاعدة المقررة من قبل في القانون المدني المصري المختلط دون الاهلي . اذ وردت به نصوص جعلت لمكتسب الحق العيني العقارى بحسن نية مركزاً في نظر القانون لم يتردد معه الفارح في ضرورة حمايته وعدم فتح أبواب النقص أمامه . وأمثال هذه النصوص كثيرة في القانون المختلط : منها المادة ١٠٧ ونصها : « وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن للعقار اذا كان معتقداً صحة الرهن أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من الرهن مدة خمسة سنوات اذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن » والمادة ١٧٦ ونصها « فسخ العقد المشتمل على انتقال ملك العقار لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين لذلك العقار اذا كانت رهوناتهم مسجلة » وهكذا في بقية المواد الأخرى ^(١)

وكان الشارع المصري يتردد في شروعه الأول بشأن تقرير الاثر الناشئ عن عدم التأشير أو التسجيل لعريضة الدعوى . اذ قرر المشروع الذي وضعته اللجنة الخاصة جزاء خاصاً في أنه يترتب على عدم التأشير أو التسجيل عدم جواز النظر في الدعوى المتعلقة بالطلبات المبينة بالمادة ٧ من القانون الحاضر وهي طلبات

(١) وقد ذكرت المذكرة الايضاحية هذه المواد : النبعة ١١ من ٤٦٣ المواد الثاني وهي منه : ٤٦ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٧٨ ، ١٠٧ ، ١٧٦ ، ١٩٧ ، ٢٤٢ ، ٣٤٠ ، ٣٨٥ ، ٤١٣ ، ٤١٧ ، ٤٢٠ ، ٦٧٥ ، ٧٤٧ من القانون المدني المختلط

البطلان والفسخ إلخ. وقررت جزاء آخر وهو عدم تسليم المدعى صورة تنفيذية من الحكم الا بعد تأكد قلم الكتاب من حصول التأشير والتسجيل^(١) ولكن الشارع لم يشأ الاخذ بهذين الجزاءين معاً ولا بأحد منهما بل رأى ترك الخيار لصاحب الشأن وهو المدعى في القيام بطلب التأشير أو التسجيل على حسب ما يرى. أى ان الشارع أحل النظام الاختيارى محل النظام الاقزامى

٦٣٩ - أثر التأشير والتسجيل على الرهنى : اذا كانت الدعوى المرفوعة بأحدى الطلبات الواردة بالمادة ٧ من اختصاص المحاكم الاهلية فلا ينفذ التأشير والتسجيل للعريضة على الغير الاجنبي الا اذا كان مؤشراً بهما فى السجلات المختلطة بناء على طلب من له مصلحة فى ذلك . ولذا قررت المادة ١١ ما يأتى : « لاجل أن تكون الدعوى حجة على الغير من ذوى الجنسية الاجنبية »^(٢) يجب أن يطلب صاحب الشأن^(٣) قيد^(٤) التسجيلات والتأشيرات المذكورة فى المواد ٧ و ٨ و ١٠ بقلم الرهن المختلط^(٥) الكائن فى دائرة العقار ، وعلى ذلك يجب على من يهجم الامر وعلى صاحب المصلحة فيه أن يسارع بطلب قيد التأشيرات والتسجيلات بقلم الرهن المختلط حتى يكون حجة على الاجانب الذين يتعاملون مع المدعى عليه بشأن العقار المتنازع فيه . والمفهوم أن القيد لا ينفذ على الاجنبي الا من وقت حصوله . وقد قرر الشارع ضرورة القيام بهذا القيد اخذاً عن قانون الشفعة الصادر فى ٢٦ مارس سنة ٩٠٠ بالمادة الرابعة^(٦) اذ قررت تلك المادة ضرورة تسجيل ورقة عرض طلب الاخذ بالشفعة بقلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يشأ الشارع أن يجعل هذا القيد بفعل المحكمة الاهلية بل بفعل وطلب صاحب الشأن . ويرى الشارع بذلك الى افلات

(٢) Tiers de nationalité

(١) المذكرة الابضاحية نبذة ١١ ص ٤٦٤

(٤) Reproduites La diligence des intéressés

(٥) étrangère

(٦) لا الراهنة عشر كما ذكرت المذكرة الابضاحية Bureau hypothécaire

خطأ بالنبذة ١٢ ص ٤٦٤ العامود الثانى

الحكومة من المسئولية المحتملة بسبب عدم حصول القيد
هذا ما يتعلق بالمسائل التى ذكر القانون بالمادة ١١ ضرورة الاخذ فيها بعماية
التأشير والتسجيل ، وهى المسائل الخاصة بطلب البطلان والفسخ والالغاء والرجوع
والاستحقاق . ولننظر الآن فى النوع الآخر الذى لم ينص عليه

٦٤٠ — ثانياً ، الدعوى التى لم ينص عليها القانون الجدير بالمادة ٧ :
ورد بالمذكرة الايضاحية بشأن هذه المسائل ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالدعوى
التي لم يرد فى القانون ذكر ما يترتب عليها بالنسبة للغير (مثل دعوى ابطال
تصرفات المدين ودعوى الصورية وهى دعوى كثيرة العدد فى المحاكم) فتبقى
خاضعة للمبادئ القانونية التى أقرتها المحاكم مع مراعاة تطبيق الفقرة الاولى
من المادة ١٢٤ ا(١) »

وعلى ذلك ومن مقارنة المادة ٧ بهذه النبذة من المذكرة الايضاحية التى
تعتبر عملاً تشريعياً تحضيرياً لقانون نرى ما يأتى :

١ — ان المادة ٧ وردت على سبيل الحصر . فلا يجوز اعتبار التأشير والتسجيل
لازمين فيها الا فى الاحوال التى وردت بها على سبيل الحصر والتعيين . وعلى ذلك
لا يكون التأشير أو التسجيل نافذين على الغير الا فى الاحوال الخمسة الواردة
بالمادة المذكورة وهى البطلان والفسخ والالغاء والرجوع والاستحقاق

ب — ان الاحوال الاخرى التى لم يرد لها ذكر بالمادة ٧ غير خاضعة للتأشير
أو التسجيل . وبذلك يكون الحكم فيها سارياً على الغير من غير حاجة الى التأشير
بعريضة الدعوى أو الى تسجيلها . فاذا رفعت دعوى الابطال أى دعوى ابطال
تصرفات المدين^(٢) ، وهى الدعوى التى يرفعها الدائن ويطلب فيها ابطال العقد
الصادر من المدين اضراراً بهذا الدائن ، فلا يلزم المدعى بضرورة التأشير بالعريضة
اذا كان العقد المطعون فيه مسجلاً ، أو تسجيلها اذا كان غير مسجل . بل يعضى

في الدعوى كما هي . فاذا صدر لمصلحته الحكم اعتبر حجة على الغير . ولكن يلاحظ هنا ضرورة الاخذ بالقواعد القانونية المقررة في هذه الاحوال . اذ من هو الغير هنا ؟ الغير هنا هو من تعامل مع المشتري تعاملاً عينياً عقارياً منصباً على العقار محل التهريب . فاذا اشترى مشتر من المشتري الاول فاما أن يكون قد سجل عقده واما لا . فاذا لم يسجل عقده فلا عبرة به أخذاً بالمادة الاولى من القانون الجديد الذي يجب الاخذ به هنا لانه يتعلق بنقل الملكية بين المتعاقدين . وأما اذا سجل فهو اما أن يكون حسن النية ، أى لا يعلم بخروج العقار من مال المالك الاصلى من طريق التهريب اضراً بالدائنين ، وفي هذه الحالة ينفذ عقده على المدعى في دعوى الابطال ^(١) واما أنه يعلم بالتهريب ، وفي هذه الحالة لا ينفذ عقده ضد المدعى في الابطال . لان التسجيل بالقانون الجديد هو كالتسجيل في القانون القديم من حيث أن التسجيل لا يطره العقد المشوب بالتواطؤ والتدليس ولا يعمل على نقل الملكية بين العاقدين وعلى الغير الا اذا كان نقيماً من هذه الشائبة (انظر المادة ٢)

قلنا ان عقد المشتري من المشتري اذا سجل ينفذ على المدعى في دعوى الابطال . ولكن هل يجوز لهذا المدعى أن يطلب تسجيل عريضة دعوى الابطال حتى يكون تسجيلها حجة على المشتري من المشتري ؟ ان مصلحة المدعى ظاهرة في هذا التسجيل اذ يبطل به مفعول تصرفات المتعاقدين مع مدينه كما أنه يبطل أيضاً تصرفات المدين نفسه على نفس العقار فيما اذا تعددت التصرفات الكثيرة على العقار الواحد ، كأن يرهن أولاً رهناً رهنياً ثم يرهن رهناً عقارياً ثم يبيع ، وكل ذلك في اوقات مختلفة . واذا كانت مصلحة ظاهرة فهل يجوز قبول طلب تسجيله لعريضة الدعوى أم أن حافظ السجلات يرفض طلبه ، باعتبار أن التأشير أو التسجيل انما هما واردان في الاحوال الخمسة المبينة بالمادة السابقة ؟ اننا نرى أنه لا يجوز لحافظ السجلات رفض هذا الطلب ، ولو أن دعوى الابطال

أودعوى الصورية لم ترد كلتاها بالمادة السابعة المذكورة . وإنما الخوف فيما اذا رفض حافظ السجل التسجيل وفات الوقت المناسب (وقد جرت عادة حفظة السجلات في عهد القانون القديم أن لا يرفضوا تسجيل عرائض الدعاوى على اختلاف أنواعها والاذنارات أيضاً) . فهل يجوز الرجوع على الحكومة بتعويض أم لا ؟ في الغالب لا يجوز . ولذا نرى أنه كان يجب على الشارع أن يجعل أمر التأشير والتسجيل بالمادة ٧ أمراً عاماً يتمشى على جميع أنواع عرائض الدعاوى مهما اختلفت أنواعها . وما كانت هناك حاجة الى هذا القيد من حيث حصر أنواع الدعاوى

وكذلك الحال في دعوى الصورية . فان هذه الدعوى تظل خاضعة للاحكام المقررة مدة القانون القديم مع ضرورة مراعاة الاصول العامة التي رجع اليها القانون الجديد ، بمعنى ان التسجيل في القانون الجديد لا يعتبر مطاقاً نافلاً للملكية في عقد صوري . وهذا قياساً على ما قلناه ، بالرجوع الى عبارة التدليس الواردة بالمادة ٧ ، في أن التواطؤ لا يقرر حقاً ولا ينشئ حقاً سواء كان مسجلاً طبقاً للقانون القديم بالنسبة للغير ، أو طبقاً للقانون الجديد بالنسبة للعاقدين والغير معاً وأمر الطعن في العقود الصورية ليس من الصعوبة بما رأينا في أمر دعوى الابطال من حيث سوء نية المتعاقدين الصوري مع المدين . اذ العقد الصوري باطل كل البطلان ولا يترتب عنه أى أثر ما ، بخلاف العقد المطعون فيه بالابطال فان أثره القانوني موجود بين طرفيه ، الامر الذى يترتب عليه صحة التصرفات الحاصلة من المشتري الى مشتر آخر اذا كان هذا الاخير حسن النية كما ذكرنا . وأما في العقد الصوري فانه ما دام معدوم الاثر في ذاته وليس له ظل من القوة القانونية فلا يترتب عليه أثر ما خارج دائرة العاقدين أيضاً . بمعنى أن المشتري بحسن نية من المشتري الصوري الاول لا يملك حقاً ما ولا أثر لمقدمه قبل الدائن الطاعن بالابطال لان أصل العقد الاول صوري أى غير موجود قانوناً ، ولا يترتب على عدم

الوجود الا عدم الوجود^(١) وعلى ذلك اذا سجل المتعاقد مع المشتري الصوري عقده وكان حسن النية أيضاً فلا ينفذ عقده على الدائن الطاعن بالصورية . وبناء على ذلك لا محل للتأشير والتسجيل لمريضة دعوى الصورية .

وما القول بشأن دعوى شطب الرهن فهل يجوز تسجيل عريضة الدعوى فيها أم لا يجوز ؟ رأينا أن الدعاوى الخاضعة للتسجيل هي الدعاوى المحسية بالمادة ٧ من القانون المذكور . وعلى ذلك لا تخضع دعوى شطب الرهن للتسجيل . ولكن أليس في ذلك خطر يهدد صاحب الدعوى ؟ فإذا جاء المدين الراهن واتفق مع الدائن المرتهن على شطب الرهن بورقة عرفية ورفع المدين دعوى وطلب فيها الحكم بالاخذ بمفعول هذه الورقة العرفية (لان الشطب لا يجوز الا بورقة رسمية^(٢)) أو بحكم المادة ٥٧١\٦٩٥ مدني (أودفع المدين الدين وسوف الدائن في تسليم المدين ورقة رسمية بالشطب ، واضطر المدين الى رفع دعوى الشطب ، فانه يخشى أن يستفيد الدائن من طول نظر الدعوى فيتصرف في دينه بالتحويل لآخر . نعم ولو أن هذا التحويل لا يكون حجة على الغير الا اذا كان مسجلاً طبقاً لقانون التسجيل الجديد (المادة ١٣) ، الا أن المدين لا يعتبر من الغير . وعلى ذلك يرى أن هناك خطراً محدقاً بالمدين في حرمانه من تسجيل عريضة دعواه

٦٤١ - ٣ - — تنازع المتعاقدين مع الوارث ، مع المتعاقدين على المورث :

رأينا أن الخلاف قائم في عهد القانون القديم في أى المقدين يفضل الآخر . فذهب يقول بأفضلية عقد المشتري من المورث ولو لم يسجل أخذاً بقاعدة الشرعية بأن لا تركة الا بعد سداد الدين . ومذهب يقول بأفضلية عقد المشتري من الوارث والذي يسجل أخذاً بقاعدة الافضلية بسبب التسجيل . اذا علم ذلك فهل قضى القانون الجديد على هذا النزاع أم لا زال قائماً ؟ الفصل في ذلك يرجع الى الحجة التي يستند اليها كل فريق . فالعريق الاول يقول بأن لا محل للاخذ بقاعدة

التسجيل (القديم) لأن الغيرية في التسجيل لا تكون الا عند اعتبار المتنازعين مالكين من مالك واحد ، وقد ملك المشتري الاول من المورث ومالك المشتري الثاني من الوارث ، فالمملك لهما غير واحد بل هو اثنان . وعلى ذلك لا محل للاخذ بالغيرية . والفريق الثاني يرى أن ملكية المورث انتقلت الى الوارث (لان الوارث استمد شخصية مورثه) من طريق القانون بالذات (المادة ٦١٠ / ٧٣٦ مدني) بلا حاجة الى تسجيل الوراثة . أي أن المورث يعتبر بالنسبة للمشتري الثاني مالكا للبيع لحين وفاته ، مادام عقد المشتري الاول لم يسجل (وقرر القضاء المختلط أن العقار لا يخرج من ملك صاحبه الا بعقد مسجل ويجوز أن يدخل في ملكه بمقد غير مسجل) وكذلك الوراثة بالنسبة للمشتري الثاني يعتبرون مالكين للبيع بمجرد ثبوت الوراثة بلا حاجة الى تسجيل^(١) وما دام أن الوارث تلقى الملكية من القانون فيعتبر المشتري منه تلقاها من القانون أيضاً^(٢) ولقد سبق لنا أن أيدنا الرأي الثاني^(٣)

فهل قضى القانون الجديد على هذه الحجة وما نجم عنها في هذا الجدل الذي ترتب عليه وجود مذهبين ؟ ربما يقول أنصار الرأي القائل بتفضيل عقد المورث على عقد الوارث ان كل ما قرره القانون الجديد أن الملكية لا تنتقل بين العاقدين الا بالتسجيل . وعمل ذلك أن يكون البائع مالكا أي لا تنتقل الملكية مطلقاً بالتسجيل من البائع غير المالك . لان التسجيل الحاضر لم يرفع

(١) المقود لهلال بك س ٢٩١ ن ٤٦٢ في آخرها (٢) الهلال بك التبنة السابعة ص ٢٩٢ ثالثاً (٣) الامتياز ج ٢ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ والمراجع . انظر امداد من المناقشة حول ما مر منه موسيو برتردي بشأن تصرفات الوارث قبل أخذ دائمي التركة حقوقهم والمادة ٥٨٣ من مرشد الحيران والمادة ٢٤ من مشروع السجل العقاري سنة ٩٠٤ ومشروع مادة وضعه موسيو بيوم كازيلي — وانظر المناقشات التي حصلت بشأن اثبات الوراثة واشهرها وبشأن المقود الصادرة من الوارث الظاهر héritier apparent (محضر جلسة ٢٦ فبراير ١٩٢٣) وبشأن ديون التوفى وضرورة تقرير قاعدة للطالبة باحق لا يضر المشترون من الوارث . وحصلت هذه المناقشات في حفرة الشيخ محمد بحيث المتى السابق للديار المصرية (محضر جلسة ١٨ مارس ١٩٢٣)

مطلقاً شوائب العقد الاول فيما اذا كان البائع غير مالك . والمشروع الثانى الخاص بالسجلات العقارية رأى أن يقرر كما لاحظنا ذلك فى مكانه ، أن يحصل نقل الملكية للمشتري بمجرد القيد بالسجل سواء كان البائع مالكا فى الحقيقة أم غير مالك . ويرجع ذلك الى الضمانات المقررة فى درس عقد نقل الملكية والتحقق من ملكية البائع . حتى اذا ما ظهر بعد هذا كله أن البائع مع ذلك غير مالك فلا يمس العقد المتقيد بأى مساس ما ، بل يقضى للمالك الحقيقى بتعويض رأى فيه البعض ضرورة التأمين عليه زيادة فى ضمان حقوق المالك الحقيقى . رأينا ذلك كله فى مكانه . أما الشارع الحاضر فانه لم يشأ أن يأخذ بتلك القاعدة الواردة بمشروع السجلات العقارية بل ظل التسجيل فى الوقت الحاضر كما كان من قبل ولما ينشأ بعد نظام السجلات العقارية . أى ان التسجيل لا يطهر العقد من شوائب انكار الملكية من المالك الحقيقى . فاذا علم ذلك صح القول بأن التسجيل فى الوقت الحاضر ، ولو أن من آثاره ضرورة نقل الملكية بين المتعاقدين ، لم يؤثر تأثيراً ما على الخلاف القائم بشأن التفاضل بين المتعاقدين مع المورث ، والمتعاقدين مع الوارث . وذلك كله يرجع الى أن التسجيل الناقل للملكية بين الماقدين هو المنصب على العقد الصادر من المالك . وأما اذا صدر من غير مالك فلا عبرة به . وما دام أن المذهبين لازالاً قائمين بشأن من هو المالك ، هل هو المورث أو الوارث ، فالخلاف قائم حتماً فى عهد القانون الجديد أيضاً . انما يزول الخلاف تماماً عند الاخذ بنظام السجلات العقارية هذا ما يحتمل أن يقوله أنصار مذهب تفضيل عقد المورث على عقد الوارث وهو قول لا يتفق مع المبدأ الذى قرره قانون التسجيل فى أن الملكية لا تنتقل بين الطرفين الا بالتسجيل . نعم ولو أن للمشتري الذى لم يسجل عقده حق مطالبة البائع بتسليم العقار وبما يترتب بوجه عام عن عقد البيع . وأن له أيضاً حق مطالبة وارث البائع بنفس هذه الحقوق ، وهى واجبات متروكة حتماً عن المورث بالتركة ، يلتزم بها الورثة . وأنه لا يجوز للوارث التمسك بعدم التسجيل ما دام أن مورثه ممنوع من التمسك به . نعم ولو أن ذلك كله صحيح ، الا أن الملكية تعتبر لازالت

موجودة بالتركة في نظر الوارث والمشتري منه وفي نظر القانون أيضاً (إذا كان الوارث والمشتري منه، أو هذا الأخير فقط، يجهلان سبق تصرف المورث) . وعلى ذلك يكون تصرف الوارث صحيحاً وينفذ عند تسجيله على عقد المشتري من المورث غير المسجل

وعلى ذلك يكون قانون التسجيل الجديد قد قضى على هذا النزاع القديم وأجهز عليه ^(١) وكل ما للمشتري من المورث إنما هو مطالبة الورثة بأن يدفعوا من مال التركة قيمة هذا الالتزام الشخصي، أي المطالبة بمال تقدي لا المطالبة بحق عيني عقارى بحيث لا يجوز أن نتناول المطالبة المقار الذى خرج . بمعنى أن المشتري ينفذ الحكم على المقارات الموجودة بعد استبعاد العقار المبيع . والا إذا قبل بجواز تنفيذ الحكم على هذا العقار المبيع لتعطل مفعول النظرية التى قررناها لان حماية المشتري فى اخراج المقار من التركة تزول وتصبح لا فائدة منها إذا أصابها حكم لدائن التركة بالتنفيذ على المقار

٦٤١ — ٤ — هل تسجيل تنبيه نزع الملكية يقرر حقاً عقارياً للمرائى ؟ :

بيننا أن الخلاف قائم بفرنسا وبمصر . والرأى الغالب عند الشارحين هو أن تسجيل التنبيه لا ينفذ عنه حق عيني عقارى للدائن صاحب التنبيه . ولقد أخذنا بالرأى المعارض ورأينا أن تسجيل التنبيه يحدث حقاً عينياً عقارياً أو حقاً قرره القانون نفسه على المقار لمصلحة الدائن ^(٢) . ونرى أن باب الخلاف لا زال مفتوحاً بالقانون الجديد لان هذا القانون لم يمس القواعد المقررة بقانون المرافعات من حيث الغيرية بسبب التسجيل . وكأن تسجيل التنبيه فى المرافعات يحكى تسجيل عرائض الدعوى بالمادة السابقة من القانون الجديد، بمعنى أن الاثر فيهما هو منع المسجل ضده من التصرف

٦٤٣ — ٥ — تسجيل عرائض الدعوى والذنارات على برمحضر : رأينا

فى عهد القانون القديم أن حفظة السجلات لا يرفضون تسجيل عرائض الدعاوى والاذنارات على أيدي المحضرين . ورأينا أن القضاء لا يقسط هذا التسجيل قسطاً

(١) اللامى بك فى العقود من ٢٩٧ ن ٤٦٩ — على أننا نردد فى القول بالاجهاز نظراً

للاعتبارات العملية التى أشرنا إليها (٢) المداينات ج ٢ من ٤١٢ و ٤١٤

(٣) وهو ما يسميه « دوجي » situation objective — أنظرها من ٩٢٧

قانونياً ما ، مادام أن القانون لم يجعل هذه الأوراق ضمن الأوراق الخاضعة للتسجيل . وأما القانون الجديد فقد أباح كما رأينا تسجيل عرائض الدعاوى الجنح المقررة بالمادة ٧ منه . ولم يشر الى غيرها من الدعاوى الاخرى وما الى الاذارات على أيدي المحضرين . ولكننا نظن أن العمل سيجري بعد صدور القانون الجديد على ما كان يتبعه من قبل في عدم رفض تسجيل هذه الاوراق المقدمة اليه . وقد بينا أن في تسجيل عرائض الدعوى على اختلاف أنواعها بما فيها دعوى ابطال التصرفات أثراً قانونياً هاماً يحى المدعى في دعوى الابطال من تصرف المشتري المطعون في عقده الى آخرين

٦٤٤ - ٦ - تسجيل ورقة الضد : هناك خلاف في عهد القانون القديم عما اذا كانت ورقة الضد المسجلة حجة على الغير أم لا ؟ ويرجع ذلك كله الى معرفة ما اذا كانت ورقة الضد ناقله لحق عيني عقارى ، أم مؤيدة لهذا الحق ، أم هي لا هذا ولا ذاك باعتبار أنها لم تمس الحق المقرر من قبل ما دام أن العقد الذى تنفيه هو عقد صورى . ويقول دى لوان^(٢) بربانها ومعه القضاء الفرنسى والمصرى ويقول بعدم رربانها تيسيه^(٣) ونحن نقول الرأى الثانى . مع ملاحظة أنه اذا ثبت علم الغير بتسجيل ورقة الضد ثبوتاً أكيداً أصبحت حجة عليه لا لأن تسجيلها حجة على الغير بوجه عام بل لان الغير اذا علم بها من طريق التسجيل أصبح سيئ النية عند تعامله . فاذا لم يعلم بالتسجيل ، وهو ليس ملزماً بالكشف عليه فلا يعتبر حجة عليه كما ذكرنا

وانا نرى أن هذا النزاع لازال قائماً بالقانون الجديد . لان الاوراق الخاضعة للتسجيل فى القانونين القديم والجديد واحدة ، فى أنه يجب أن تكون خاصة بنقل أو انقضاء أو تعديل حق عيني عقارى . فهل ورقة الضد تقوم بشئ من ذلك ، أم انها ورقة لم تمس الحق المقرر من قبل بشئ ما ؟ فالرأى الاول يقول بأنها ناقله

للحق بأن رده الى صاحبه من طريق ابطال مفعول العقد الصورى ، أو انها مؤيدة للحق السابق . وسواء كانت نافذة أو مؤيدة فلها خاضعة للتسجيل الجديد أخذاً بالمادة الاولى فى حالة النقل والمادة الثانية فى حالة التأييد . وأما على حسب الرأى الثانى الذى تقول به فلها لاتخضع للتسجيل مادام انها غير نافذة وغير مؤيدة لانها لم تمس الحق الاول بشىء ما ، لا من حيث النقل ، لان الحق الاول لم يزل ، ولا من حيث التأييد ، لان الحق الاول لم يصب بشىء ما

§ ٣ - اجراءات التأشير

وتسجيل الدعاوى

٦٤٥ - يقدم صاحب الشأن عريضة الدعوى للتأشير بها ان كان العقد مسجلاً من قبل ، ولتسجيلها ان لم يكن مسجلاً
عريضة الدعوى . لا تقدم الدعوى للتأشير والتسجيل الا بعد اعلانها (١) وقيدها بدفتر الدعاوى بالمحكمة (٢) (المادة ٨) . فاذا أعلنت ولم تقيد بدفتر الدعاوى فلا يجوز تقديمها لحافظ السجلات . لان الدعوى لا تعتبر موجودة قانوناً فى نظر المحكمة الا بقيدها بدفتر قيد الدعاوى . وأما قبل القيد فان المحكمة تهملها

مقدم العريضة . تقبل العريضة لدى حفظة السجلات من « صاحب الشأن » (٣) والكلمة الترنسية تشير الى أحد طرفي الخصومة . والعبارة العربية تشير الى كل من له مصلحة فى التأشير والتسجيل . وربما كان التعبير العربى أصح وآثر فى جلاء القاعدة . لأنه اذا تأخر المدعى عن تقديم العريضة لقلم التسجيلات جاز لاي شخص آخر يرى من مصلحته تقديمها أن يقدمها . كالضامن مثلاً فى الدعوى ، وهو الضامن المدخل فيها بمعرفة المدعى . أو أحد دائئى المدعى اذ يرى مصلحة

له في ذلك حتى يقطع خط الرجعة على مدينه من القيام بتصرفات تخرج العقار من مال مدينه ، وهو المال الضامن له ، بحق مبدأ الضمان العام أو الرهن العام ^(١) ، أو الوكيل أو القيم أو الوصى

التأشير : يقع التأشير ^(٢) عند سبق تسجيل العقد المطعون فيه . ويحصل بأن يذكر في السجلات تاريخ العريضة ونوع الدعوى ^(٣) والطلبات المبينة بالعريضة ^(٤) وأسماء الخصوم (المادة ٨)

التسجيل : ويحصل التسجيل ^(٥) بقيد ملخص العريضة ^(٦) ووصف العقار المتنازع فيه ^(٧) ، مع ذكر البيانات المتقدمة الواردة بالتأشير (المادة ٨)

٦٤٦ - **الردعظم الصادرة في الدعاوى** . يترتب على التأشير وتسجيل عريضة الدعوى اشتهار ما عرض للعقار من المشاكل . اذ بهما يصبح العقار مكشوف الستار عما شابه من أنواع النزاع . فلا يعدم أحد من طرق التعاقد على صاحب العقار الا ويستطيع أن يعلم ما يشوب العقار من الاشكالات . والاشتهار هذا انما هو خاص فقط بعريضة الدعوى دون غيرها . ولكن مما يهم صاحب العقار وكل ذى شأن فيه أن يعلم الجمهور ما انتهى اليه النزاع القائم الذي تم عليه التأشير والتسجيل . لذا تحتم ضرورة الاشارة بالتأشير والتسجيل بما حكم به الحكم بمنطوقه . وفي ذلك تقول المادة ١٠ ما يأتي : « يؤشر بمنطوق الحكم ^(٨) الصادر في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى ^(٩) أو في هامش تسجيلها » ^(١٠) ولم يبين الفارع فيما اذا كان الحكم الذي يحصل بمقتضاه التأشير حكماً نهائياً أم لا . ولكن المفهوم أنه يجب أن يكون الحكم نهائياً . والا اذا كان صادراً من محكمة أول درجة لترتب على ذلك ضرورة عمل تأشير

Les annotations (٢) Gage général (١)

Conclusions de la demande (٤) nature de la Demande (٣)

Description de l'immeuble (٧) Extrait (٦) Transcription (٥)

à la suite de l'annotation (٩) en leur dispositif (٨)

En marge de la transcription (١٠)

آخر مبلغ أو مؤيد للتأشير الحاصل بالحكم الاول . وهو لم يقل به القانون وقصر الشارع هنا التأشير بالأحكام على الاحوال الخمس الواردة بالمادة السابقة . ولقد سبق لنا أن بينا خطورة تحديد أنواع الدعاوى وقصرها على خمس دون أن تتناول دعوى ابطال تصرفات المدين . وبيننا أيضا مبلغ الفائدة التي تعود على المدعي في دعوى الابطال من التأشير بعريضة دعواه أو تسجيلها حتى يقطع بذلك خط الرجعة على المتعاقد مع المدين من أن يتصرف هو من جانبه في العقار الخارج من مال المدين من طريق التهريب . وإذا فرض وأجاب حافظ السجل للتأشير أو تسجيل عريضة دعوى الابطال ، كما كان التسجيل مباحاً عملاً قبل صدور القانون الجديد حتى وصلت الاباحة الى تسجيل الانذارات على يد محضر ، فهل يترتب على ذلك ضرورة التأشير بالحكم الصادر في دعوى الابطال بذييل التأشير بعريضة الدعوى أو بهامش تسجيلها ؟ ان التأشير بالحكم هو من عمل كاتب المحكمة . انما اذا أراد صاحب الشأن أن يكون التأشير وتسجيل العريضة والتأشير بالحكم ، كل ذلك سارياً على الاجانب وجب أن يطلب « قيد السجلات والتأشيرات المذكورة في المواد ٧ و ٨ و ١٠ بقلم الرهون المختلط السكان في دائرته المقار » (المادة ١١) . أي ان كاتب المحكمة لا يرسل من تلقاء نفسه هذه التأشيرات على اختلاف أنواعها الى قلم الرهون المختلط ، وذلك حتى لا تحمل الحكومة بمسئولية محتملة تنشأ عن التأخير في الارسال . انما يجب على كاتب المحكمة أن يقوم من تلقاء نفسه بالتأشير بالحكم . ولا قيمة لذلك ما دام أن أقلام التسجيلات بيد المحاكم المختلطة بوجه عام . فلا بد حينئذ من طلب صاحب الشأن . والذي نراه بعد ذلك أنه اذا حصل تأشير أو تسجيل لعريضة دعوى الابطال جاز لصاحب الشأن طلب التأشير بمنطوق الحكم الصادر في تلك الدعوى . أما اذا لم يحصل شيء ، بشأن العريضة فلا محل للتأشير بالحكم . انما يجب في هذه الحالة تسجيل الحكم طبقاً للمادة ٢ من القانون حتى يكون حجة على الغير

§ ٤ - فى آثار التأشير بالحكم

٦٤٧- قررت المادة ١٢ فيما يتعلق بآثار التأشير بالحكم ما يأتى : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابقة أو التأشير بها ان حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها. - وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار اليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها » وقد سبق أن بينا ذلك بمكان سابق

§ ٥ - التأشير أو التسجيل لمراض

الدعاوى من طريق الكيد والتشفى

٦٤٨ - يحصل أن المدعى فى احدى الدعاوى الخمس المبينة بالمادة السابقة أو فى دعوى الابطال لم يشأ من المضى فى دعواه الا قصد الكيد لخصمه والنيل منه حتى يرغمه بذلك الى النزول له على ارادته . فيسارع المدعى الى اعلان العريضة لخصمه ويقيدها بدفتر قيد الدعاوى بالمحكمة ، ثم يعمل على التأشير بها أو تسجيلها حتى يعلم الكافة من أمر النزاع وما أحاط المقار من الاشكالات ، ما يمكن معه أن تقف الحالة الاقتصادية الخاصة بالمقار فلا يروج العقار ويكسد سوقه فى مجال التعامل اذا كان معروضا للبيع أو لأرهن الرسمى أو العقارى . ولا مشاحة أن فى مثل هذا الاشهار والعلائية وما قصده صاحب الدعوى من النيل من خصمه ما يضر بمصالح الافراد وتمطيل رواج المعاملات بينهم . وربما يترتب على ذلك أن يفوت الفرض الذى يرمى اليه الشارع من خدمة الغير بالاشهار والعلائية ، فينقلب هذا الاشهار الى الحاق الضرر بأصحاب العقارات . لذا رأى الشارع أن يرسم طريقاً سريعاً الى الفصل فى جدية أو عدم جدية هذا الاشهار الخاص بالتأشير وتسجيل عريضة الدعوى

فصلاً خاصاً مستقلاً عن الدعوى . وقرر بالمادة ٩ ما يأتى : « لكل طرف ذى شأن ^(١) أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة ^(٢) شطب ^(٣) التأشير أو التسجيل المشار اليه من المادة السابقة . فيأمر به القاضى اذا تبين له أن ذلك التأشير أو التسجيل لم يطلب الا لغرض كيدى محض ^(٤) » ولعل ذلك خطوة حديثة العهد فى التشريع المصرى اذ لأول مرة يقرر الشارع المصرى عرض العمل المطعون فيه بأنه كيدى على القضاء ، الامر الذى يحكى نوعاً ما هو معروف بانكثرا ^(٥) وذلك ليفصل القاضى أولاً وبادىء ذى بدء فيما اذا كان يجوز المضى فى العمل المطعون فيه أم لا . ولما كان البت فى كيدية العمل أمراً محفوفاً بالدقة لما فى ذلك من الخطر فى حرمان التأشير أو تسجيل عريضة الدماوى من آثارها القانونية من حيث الاشهار والعلانية عما يحف العقار من المخاوف والمخاطر بالنسبة للغير أولاً ، ومن حيث المصلحة التى يرجوها صاحب العريضة ثانياً ، رأى الشارع أن يتشدد فى قبول طلب شطب التأشير والتسجيل بحيث لا يقضى بالشطب الا اذا كان التأشير أو التسجيل « لغرض كيدى محض » ^(٦) وبالتأمل فى تحليل تلك المادة نرى ما يأتى :

١ - ان القانون لم يبين لنا من هو قاضى الأمور المستعجلة الحقيقى الذى ينظر طلب الشطب ؟ هل هو قاضى محل وجود العقار ، أم قاضى محل اقامة المدعى عليه فى الشطب ، وهو المدعى أصلاً فى الدعوى الاصلية ، أم قاضى محل وجود قلم التسجيلات ؟ والامر فى ذلك يرجع لقانون المرافعات

٢ - ان الحكم الذى يصدر فى الدعوى المستعجلة حكم قابل للاستئناف . ولكن هل يترتب على ذلك انه لا يجوز التأشير بالشطب الا بعد صدور الحكم بطريقة

(١) Toute partie interessée (٢) Se pourvoir en référé (٣) Radiation (٤) Manifestement vexatoire انظر الذكر: الايضاحية
النبذة ٧ ص ٤٦٢ (٥) راجع رسالة جوسران فى التصرف فى استعمال الحق سنة ١٩٠٥
Manifestement vexatoire (٦)

نهائية، برغم أن الاحكام المستعجلة مشفوعة دائماً بالنفاذ المعجل؟ نظن السلب
 ٣ - لا محل لادخال قلم التسجيلات خصماً بالدعوى لأنه لا شأن له بها. اذ
 ينحصر عمله في أن ينفذ الحكم اذا صدر الشطب

٤ - يحصل التأشير والتسجيل لمريضة الدعوى دون أى اعتراض مامن
 حافظ السجل. ولكن هل يجوز لصاحب الشأن أن يطلب الى قاضى الأمور
 المستعجلة منع حصول التأشير والتسجيل قبل وقوعهما؟ أم هو مقيد بأن
 لا ينظر في الطلب المستعجل الا بعد حصول التأشير والتسجيل؟ أو بمباراة أخرى
 هل يعتبر نص المادة ٩ نصاً مانعاً أم نصاً مصححاً؟ يظهر أنه نص مصحح لا مانع
 ٥ - ان الفصل في كيدية التأشير والتسجيل لا يؤثر مطلقاً على الدعوى
 الاصلية. أى أن الحكم المستعجل لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة
 للدعوى الاصلية. وترتب على ذلك نتائج هامة :

١ - اذا حكم بالشطب وتنفذ الحكم زال أثر التأشير والتسجيل. ولكن
 ما القول فيما اذا حكم في الدعوى الاصلية لمصلحة المدعى؟ لا يكون للحكم أثر
 قبل النير الا من وقت تسجيله طبقاً للمادة الأولى، لا طبقاً للمادة ١٠، التى قررت
 بالتأشير بمنطوق الحكم في ذيل التأشير بمريضة الدعوى أو في هامش تسجيلها،
 وذلك لان التأشير الاول أو التسجيل الاول قد زال بحكم الشطب. وفي ذلك من
 الاضرار البليغة ما فيه بالمدعى

ب - اذا قضى على عكس ما تقدم برفض الدعوى المستعجلة بالشطب وظل
 التأشير أو التسجيل للمريضة قائماً ثم قضى في الدعوى الاصلية بالرفض، ربما
 يتأذى من ذلك المدعى عليه في الدعوى الاصلية. اذ قد تقوّة ظروف كان يستطيع
 فيها التصرف في عقاره. ذلك لانه نظراً لما حصل من الاشهار والتسجيل لمريضة
 الدعوى فإن الناس قد أحجموا عن التعامل معه

وان كان يصح في الحالتين الرجوع بتعويض على من تسبب في الضرر، الا

أن هذا التمييز قد لا يكون منتظما فيما لو زال سببه أولا حتى لا يقع هذا الضرر

على انه مهما قيل من الدقون المختلفة في تحايل المادة ٩ فانا نرى أن منافعها أكثر من مضارها

ب — اسقاط الدين المضمون عقاريا وتحويله

٦٤٩ — رأينا في المشروع الثاني الخامس بالسجلات العقارية أن المادة ٢٩ منه قررت ضرورة قيد اسقاط^(١) أو تحويل الدين^(٢) المضمون بتأمين عيني عقارى^(٣) ، وقيده بالسجلات العقارية حتى يكون الاسقاط أو التحويل حجة على الغير . وقلنا بأنه في حالة عدم حصول القيد يبقى هذا الحق العيني الضامن للدين قائما باسم الدائن الاصلى المسجل ، وأنه يترتب على ذلك اذا رضى هذا الدائن بشطب الرهن في مصلحة المدين قبل حصول تسجيل الاسقاط أو الحلول ، نفذ الشطب على المسقط اليه^(٤) أو المحول اليه^(٥) . الا أنه يلاحظ مع ذلك أن تحويل الدين نفسه جائز دون الخضوع الى أى قيد ما اذا كان سند الدين الاصلى قابلا للتحويل أو كان لحامله

ويظهر أن الشارع رأى أن لا يغوته في قانونه الجديد ضرورة الاخذ بالتأشير فيما يتعلق بهذه الديون المضمونة بتأمين عيني عقارى . وقررت في ذلك المادة ١٣ ما يأتي « لا يصح التمسك في وجه الغير^(٦) بتحويل دين مضمون برهن عقارى^(٧) أو بامتياز عقارى^(٨) ولا التمسك بالحق الناشئ عن حلول شخص محل الدائن في

(١) Cession (٢) Subrogation (٣) Sûreté réelle immobilière

(٤) Cessionnaire (٥) Subrogé (٦) Opposables aux tiers

(٧) La cession ou dation en gage d'une créance hypothécaire

(٨) Privilège immobilier

هذه الحقوق بحكم القانون^(١) أو بالاتفاق^(٢) ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقاري^(٣) الا اذا حصل التأشير بذلك^(٤) بهامش التسجيل الاصلى^(٥) — ويتم التأشير^(٦) بناء على طلب^(٧) المحول اليه^(٨) أو الدائن المرتهن^(٩) أو الذى حل محل الدائن السابق^(١٠). ويشتمل التأشير: — (أولاً) على تاريخ السند وصفته^(١١) (ثانياً) على أسماء الطرفين والقابهم وصناعاتهم ومحل اقامتهم (ثالثاً) على بيان التسجيل الاصلى^(١٢) مع غمره المساسة^(١٣) وتاريخه ورقم صفحة السجل ورجع الشارع في تقرير هذه المادة أيضاً الى القانون البلجيكي الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ ومشاريع القانون الايطالى المختلفة^(١٤) وتحليل هذه المادة ١٣ من القانون الجديد يتبين ما يأتى :

١ — تقول المادة الاسقاط^(١٥) أو الحلول^(١٦) والنتيجة فيهما واحدة لانهما يفيدان التحويل

ذكرت المادة بجانب كلمة الاسقاط^(١٧) العبارة الفرنسية^(١٨) ومعنى هذا العبارة اما التنازل عن الدين المضمون برهن رسمى من طريق الاسقاط^(١٩) أو جعل هذا الدين رهناً لدى الغير^(٢٠) ولم ترد بالنسخة العربية ترجمة العبارة الثانية الخاصة برهن

-
- (١) Subrogation légale (٢) Conventionnelle
 (٣) Cession du rang hypothécaire (٤) Mention
 (٥) En marge de l'inscription ou transcription hypothécaire
 (٦) Annotation (٧) A la requête (٨) Cessionnaire (٩)
 (١٠) Subrogé (١١) Nature du titre (١٢) Créancier gagiste
 (١٣) Numero d'ordre (١٤) المذكرة الايضاحية للنبة ١٦ ص ٤٦٧ —
 (١٥) الذى اقترح وضع هذه المادة هو موسيو ميريل Mirel (محضر جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٢٢
 من محاضر جلسات اللجنة الخاصة) وأدء في هذا الاقتراح موسيو واتليه Wathlet الذى وضع النص
 الحاضر لمادة (محضر جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٢٢) (١٥) Cession
 (١٦) Subrogation (١٧) Cession (١٨) Dation en gage
 (١٩) أي Cession (٢٠) Dation en gage

الدين المضمون برهن رسمي (وقد أشارت المذكرة الايضاحية الى رهن الديون الممتازة أو المضمونة برهن عقارى رسمي) . بمعنى أنه لا بد من التأشير في حالة اسقاط الدين (الدين بالنسبة للدائن) أو في حالة رهن هذا الدين . والتنازل عن الدين أو اسقاطه اما أن يتناول اسقاط الملكية في الدين نفسه أو يكون مقصوراً فقط على مجرد تحويل السند ليكون تحت يد المحول اليه بمثابة رهن (ولم يرد بالمادة ٢٩ من مشروع نظام السجلات العقارية ما يتعلق بالتحويل من طريق الرهن) فالتحويل هذا بملكية السند أو عن طريق الرهن لا بد فيه من التأشير

٣ — الدين المحول بالملكية أو بالرهن اما أن يكون مضمونا برهن رسمي (والنسخة العربية تقول رهننا عقاريا) أو مضمونا بامتياز عقارى . ولم تشر المادة الى الرهن العقارى الحيازى ^(١) ولا الى الاختصاص ^(٢) وهو الرهن القضائى . على أن المادة ٢٩ من مشروع نظام السجلات العقارية قد أشارت اليهما وحثمت ضرورة التأشير بالسجلات في حالة اسقاط الدين المضمون برهن عقارى حيازى أو المضمون باختصاص قضائى . وبناء على ذلك لا يمكن القول هنا بضرورة التأشير في هاتين الحالتين . على أن المحكمة واحدة في جميع الحالات وهى حماية الغير . ولم نجد مسوغا للشارع المصرى في استبعاده لهاتين الحالتين من مزية التأشير (اذ جاءت المذكرة الايضاحية خلواً من ذلك)

٤ — التأشير واجب في حالة الحلول سواء كان الحلول بحكم القانون أو بالاتفاق . والفرض من الحلول هو احلال الدائن الاصلى صاحب السند المضمون برهن رسمي أو امتياز عقارى بدائن آخر بعد أن يحصل التحويل والاسقاط اليه

٥ — والتأشير واجب ولو كان الاسقاط خاصاً بالتنازل عن ترتيب الرهن الرسمى

٦ - التأشير يحصل في هامش القيد الاصلى ^(١) أو التسجيل الاصلى ^(٢) .
ولم ترد عبارة القيد الاصلى بالنسخة العربية . ويراد بالقيد هنا أى القيد الخاص
بمقد الرهن الرسمى . لانه بعد ان يحصل عقد الرهن التأمينى بطريقة رسمية
يحصل بعد ذلك قيده بسجلات الرهونات . والذي يتقيد انما هو قوائم الرهن .
وعبارة التسجيل الاصلى انما تشير هنا الى ما اذا كان العقد المحول والمضمون بامتياز
عقارى عقداً مسجلاً اى مسجلاً تسجيلاً كاملاً لا مجرد القيد كما فى الرهن التأمينى
٧ - يحصل التأشير بناء على طلب المسقط اليه والدائن المرتهن ^(٣) اى
المرتهن رهناً حيازياً . وربما تشير المادة بذلك الى الدائن الذى تحول اليه سند
الدين تحويلاً مقصوراً فقط على الرهن ^(٤) اى تسليم المحول اليه سند الدين
محولاً اليه ليكون لديه بمثابة رهن ضماناً لدين له قبل التحيل . ويحصل التأشير
ايضاً بناء على طلب المحول اليه ^(٥) الذى حل بالحلول

٨ - ويتناول التأشير تاريخ العقد وصفته واسماء الطرفين وصناعته
ومحل اقامتهم وبيان التسجيل الاصلى ودرجة ترتيبه وتاريخه ورقم صفحة السجل

٦٤٩ مكرر - ٩ - من هم الغير فى الاسقاط والحلول: الغير من يتعاقدون

مع الدائن فتتقرر لهم حقوق على المقار ويطمئنون الى هذه الحقوق طالما أنهم
لا يجحدون بدفاتر التسجيل ما يفيد سبق تقرير حقوق أخرى من قبل الدائن .
وفى ذلك ورد بالمذكرة الايضاحية ما يأتى : « فاذا كان الدين المحال من الديون
الممتازة أو المضمونة برهن عقارى فقد يحدث أن غير المتعاقدين الذين اكتبوا
حقاً على المقار المرهون أو الذى عليه حق امتياز بدون أن يعلموا بالتحويل قد
يتعاقدون مع التحيل . فاققاء لمثل هذا الخطر يجب على المحول اليه أن يعلم الغير
بهذا التحويل بالتأشير عنه على هامش التسجيل الاصلى » اهـ . ولم يكن هذا
النوع من التأشير معروفاً بالقانون القديم ولذا كان الغير فى حالة محفوفة بالخطر

فما اذا تعاقد مع الدائن وهو لا يعلم بسبق اسقاط أو رهن الدين الممتاز أو المضمون برهن رسمي . على أن الشارع الاهلي قرر بالمادة ٣٤٩ مدني بأن اسقاط الدين لا يكون حجة على الغير الا اذا كان رضاء المدين بالتحويل ثابت التاريخ . وذلك لان الدين لا يقبل التحويل الا اذا رضى المدين بالتحويل من قبل ولا بد أن يكون هذا الرضاء ثابتاً اما بسند الدين نفسه ، ولا حاجة وقتئذ الى اثبات تاريخه ، واما بورقة أخرى أو بمباراة تضاف على السند الاصلى . وفي هذه الحالة لا بد من اثبات تاريخ هذا الرضاء بالتحويل . ولم يشترط الشارع المختلط ضرورة أخذ رضاء المدين بالتحويل (المادة ٤٦٢ مدني مختلط) بل يكون تحويل الدين حجة على الغير بمجرد اعلان المدين بحصول التحويل . والتشريع الاهلي متأثر بنظرية الشريعة الاسلامية ، والتشريع المختلط أخذ بالتشريع الفرنسى ^(١)

٦٥٠ - هل التأشير واجب بالنسبة للماعدين ؟ رأينا أن القانون نفسه قرر بالمادة ٧ المذكورة أن التأشير شرع لمصلحة الغير . ورأينا من هو ذلك الغير . ولكن اذا نظرنا الى المادة الاولى من قانون التسجيل والى ما قررته بوجه عام من ضرورة التسجيل عند نقل الحق العيني العقارى ونظرنا ايضا الى ان عبارة الحق العيني العقارى وردت عامة ، فهل يمكن القول مع هذا التعميم من حيث الحق ومن حيث النقل أن التسجيل ضرورى ولازم بالنسبة للماعدين أيضاً ، بمعنى أن الرهن التأمينى أو الامتياز العقارى لا ينتقلان الى المسقط اليه الا بالتأشير على هامش سجل التسجيل الذى تقيد به تسجيل الامتياز العقارى أو تقيد به قيد رهن العقارى ؟

لقد لاحظنا أن التعميم المنوه عنه بالمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد لم يكن صحيحاً وأبنا أن الاعمال التحضيرية والمذكورة الايضاحية لا تؤيدان التعميم . أن الحقوق العقارية المقصودة من المادة انما هي الحقوق العقارية المقررة من قبل المواد ٦١١ / ٢٣٧ مدني وما بعدها من المواد القديمة ولا تتمتعها . وأنه لا يمكن

(١) وفيما يتعلق بالغير ما انظر الالتزامات من ٥٤٠ ن ٥٦٧ وما بعدها

الاخذ بهذا التعميم الا في الوقت الذي يتقرر فيه الاخذ بنظام السجلات العقارية ولما يؤخذ به بعد

هذا ونعلم أن الرهن غير الحيازى العقارى وهو الرهن التأمينى الذى يتقرر بين المقدين بمقد رسمى حتماً (المادة ٥٥٧/٦٨١ مدنى) والذى لا يصح التمسك به اذا لم يحصل قيده بسجل رهونات بقلم كتاب محكمة العقار المرهون قبل تصرف الراهن فى العقار (المادة ٥٦٥/مدنى) ، هذا الرهن يتقرر بين المرتهن او الراهن برسمية المقدم فقط ، دون أن يكون خاضعاً لاحكام التسجيل المقررة بقانون التسجيل كما نصت بذلك المادة الاولى من قانون التسجيل الجديد (أى ان قيد الرهن شرع للتأشير فقط)

وكذلك الامتياز العقارى ^(١) على اختلاف أنواعه سواء كان امتياز البائع (ويدخل فى ذلك امتياز المقايض ^(٢) ، وامتياز المدين فيما اذا سلم عقاراً لدائنه فى مقابل الدين ^(٣) وكانت قيمته زائدة عن الدين ^(٤) ، وامتياز الواهب بقدر ما اشترطه على الموهوب له) وامتياز المقسم ^(٥) ، وهذه الامتيازات لا تتقرر قبل الغير الا بالتسجيل أو القيد : المواد ٦٠١ الفقرة ٧/٣٢٧ مدنى و ٦١٤/٧٤١ مدنى) وامتياز المصاريف القضائية والاموال المطلوبة للحكومة وامتياز الكتبة والعمال (وهى الامتيازات التى تتقرر بلا اشهار وعلاية : المادة ٦١٤/٧٤١ مدنى) : هذا الامتياز على اختلاف أنواعه يتقرر بين الطرفين أيضاً دون أن يكون خاضعاً للتسجيل أو القيد كما تقرر ذلك المادة الاولى من قانون التسجيل

واذا علمنا أن الرهن التأمينى والامتياز يتقرر كلاهما بين الطرفين بلا حاجة الى تسجيل أو قيد طبقاً للقانون القديم وأن هذه القاعدة أصبحت مقررة طبقاً للمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد ، فإن ما قرره المادة ٧ من قانون التسجيل الجديد من ضرورة التأشير ليكون الاسقاط على اختلاف أنواعه حجة

Echangiste (٢) Privilege immobilier (١)
Copartageant (٥) Soule (٤) Dation in paiement (٣)

على الغير لا يكون الامن حيث حماية الغير فقط . أى أن التأشير المعنى بالمادة ٧ المذكورة ، (والتأشير هنا لا يكون الا حيث وجد تسجيل أو قيد سابقان ، ومتى كان الامتياز غير خاضع للتسجيل أو القيد ليكون حجة على الغير فلا محل للتأشير . اذ لا يوجد تسجيل أو قيد سابقان) انما شرع فقط لحماية الغير . وهذه قاعدة جديدة قررها قانون التسجيل الجديد ولم تكن موجودة من قبل . ولم يشرع التأشير هنا لنقل الحق المعنى العقارى بالاسقاط ، أى اسقاط الرهن التأمينى أو الامتياز العقارى . لان محل القول بتسجيل نقل الحق العقارى لا يكون بالمادة ٧ المذكورة انما يكون بالمادة الأولى . وقد لاحظنا أن الأعمال التحضيرية لاتدل مطلقاً على اخضاع اسقاط الرهن التأمينى والامتياز العقارى للتسجيل . والا اذا قيل بهذا الاخضاع لترتب على ذلك عدم الحاجة لوضع المادة ٧ لانها تعتبر مكررة لقاعدة سابقة مقررة بالمادة الأولى . واذا لاحظنا سياق الجدل بالاجنة الخاصة وتبيننا سياق المناقشة بين اعضائها في مختلف جلساتها ، ولاحظنا بأن المادة ٧ لم تتقرر الا بعد وضع المادة السابقة عليها وبناء على اقتراح موسيو ميرييل ^(١) وأن الذى وضع المادة المذكورة هو موسيو واتليه ^(٢) ، وأنه أريد بها فقط حماية الغير وتمين فعلا هذا الغير بما أوضحناه ، اذا لاحظنا ذلك كله قطعنا بأن اسقاط الرهن والامتياز العقارى لا يدخل تحت نطاق المادة الأولى ، وأن التأشير المقصود بالمادة ٧ انما هو طريق لحماية الغير فقط .

وأما اذا كان الشارع يريد جعل اسقاط الرهن والامتياز خاضعاً للتسجيل ليكون حجة على الطرفين أى داخلاً في نطاق المادة الاولى لما كان في حاجة الى وضع المادة ٧ بهذا الوضع الذى وضعت به . لانه كان يكتفى القول بانه لا حاجة الى تسجيل الاسقاط بل يكتفى بالتأشير على التسجيل السابق . وأما وقد وضعت المادة ٧ بالوضع الحاضر فهى تم بذلك على أن رغبة الشارع في تقرير التأشير انما تنصرف الى حماية الغير لا الى اثناء عقد الاسقاط بالذات

وعلى ذلك يكون اسقاط الرهن التأميني والامتياز العقارى صحيحاً بين الطرفين ولو لم يكن مسجلاً أو مقيداً . انما اذا أراد المسقط اليه حماية حقه من احتمال تصرف الدائن في هذا الضمان الرهن والامتياز بما يضره ، فانه يجب عليه التأشير بهذا الاسقاط بدفاتر التسجيل والقيّد المعدة للرهن

واذا كان الاسقاط صحيحاً بين الطرفين فهو صحيح بالنسبة للمدين نفسه فلا يجوز أن يحتج بعدم التأشير الا اذا تقرر له هوق خاص كما اذا قرر الدائن شطب الرهن مثلاً كما أوضحت ذلك المذكرة الايضاحية

وأما ما يحتمل أن يقوله البعض بعكس ما قررناه فهو يخالف النصوص واعمالها التحضيرية ويخالف ضرورة ربط النصوص الجديدة بالتقديم في تحديد مرامى القانون الجديد

(٣) في نظام دفاتر التسجيل

٦٥١ - هذا هو القسم الخامس والاخير من الاقسام الخمسة التى أفردها لشرح القانون الجديد . وهذا القسم تتماق به المادة ١٥ من القانون اذ أباح الشارع « لوزير الحفانية أن يصدر قراراً يبين فيه القواعد التى يسير عليها العمل فى المستقبل فيما يتعلق بمسك دفاتر التسجيل » . هذا ولما كان اتعاذ المادة الاولى من القانون لا يعمو العيوب الظاهرة للتسجيل القديم من حيث قلة أقلام التسجيل رأى الشارع عند تحضير القانون (ولم ينص على ذلك بالقانون نفسه بل ترك فيه الامر لوزارة الحفانية طبقاً للمادة ١٥ السابقة) ضرورة انفاء مأموريات بالبلاد . وقد ورد فى هذا الشأن بالمذكرة الايضاحية ما يأتى : « لم يكن فى الامكان الزام المتعاقدين بتسجيل عقود بحسب النظام المبين بالمادة الاولى من القانون بدون أن تعمل لهم فى الوقت ذاته التسهيلات اللازمة لارسال العقود الى أقلام الرهون المختلفة (لعلها المختلطة لا المختلفة) لانه لم تنشأ بعد فى أقلام كتاب المحاكم الأهلية دفاتر لتسجيل العقود العرفية التى هى أكثر عدداً من غيرها كما أن

أقلام التسجيل بالمحاكم المختلطة لا توجد الا في ثلاث مدن وهى الاسكندرية والقاهرة والمنصورة . هذا الى أن اختصاص قلم الرهون بمحكمة مصر المختلطة يشتمل علاوة على مديريات الوجه القبلى لغاية أسوان مديرتى القليوبية والمنوفية . فالنرض اذن انشاء مأموريات لأقلام الرهون المختلطة فى المديريات يكون من اختصاصها استلام العقود العرفية المقدمة للتسجيل وتقدير الرسوم عليها وارسلها بعد قيدها بدفتر المرائض الى قلم الرهون العام لحفظها فى الملفات وحمل فهرست عنها . وعلى الحكومة اتخاذ الوسائل اللازمة بعد الاتفاق مع محكمة الاستئناف المختلطة لضمان توزيع أقلام الرهون المختلطة لهذا الغرض « اه (١)

وتقسم هذا الموضوع الى الاقسام الآتية : ١ - فى مسك دفاتر التسجيل والقييد - ٢ فى اختصاص المأموريات - ٣ فى النزاع بين طالب التسجيل وكاتب السجل

١ - فى مسك دفاتر التسجيل والقييد

٦٥٢ - نرى هنا ضرورة الالمام بالمما وجيزاً بحالة مسك الدفاتر فى النظام القديم ، ثم تتبعه بعد ذلك بحالة مسك الدفاتر فى النظام الجديد حتى تتبين الفروق بين النظامين ومعرفة أيهما أجدر بالبقاء

١ - مسك دفاتر التسجيل والقييد

طبقاً لقانون القديم

١ § - فى مسك الدفاتر

٦٥٣ - فى أهم الدفاتر يبر الطالب : يجب أن يكون تحت يد كاتب الرهونات (٢) ما يأتى :

١ - دفتر منمر الصحائف (٣) ويسمى أيضاً بدفتر الاستلام (٤) أو دفتر

(١) المذكور الاضاحية من ٤٦٦ (٢) Greffier des hypothèques

(٣) Registre d'ordre (٤) Registre des remises

العرائض^(١) ويؤشر به عن استلامه للعقود المطلوب تسجيلها وللقوائم المطلوب قيدها . ولكل يوم حماية خاصة تنتهي في آخر اليوم (المادة ٦٢٣ / ٧٥١ — ٧٥٣ مدني و ٢٢٠٠ فرنسي والمادة ١٦٤ من التعليمات الصادرة لكتابة المحاكم المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٨٧٨)

٢ — دفتر التسجيل والقيـد^(٢) وبه يحصل تسجيل وقيـد العقود والقوائم المسجلة للكتاب بأرقام متتابعة^(٣) تتفق مع الارقام المبينة بالدفتر السابق (المادة ٦٢٢ / ٧٥٠ — مدني) وتحصل عملية التسجيل والقيـد بمصر بدفتر واحد . وأما بفرنسا فيحصل في دفتريـن (المادة ٢٢٠٠ فرنسي)^(٤)

٣ — دفتر فهرست هجائي^(٥) عام عن نوعي التسجيل والقيـد . ودفتر فهرست هجائي آخر خاص بالتسجيلات فقط (المادة ٦٣٥ / ٧٦٥ مدني) (ولزيادة البيان والايضاح أنظر المواد ٦٢٢ — ٦٢٧ / ٧٥٠ — ٧٥٨ مدني . والمادة ١٥٣ من التعليمات . والمنشورات المختلفة لاقلام الكتاب من سنة ١٨٧٦ الى سنة ١٩٠٣ والمرسوم الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٥ والذي أبطل العمل بنسختين من دفتر القيد بالمحاكم المختلطة وقضى بمعمل لنسختين من قوائم القيد المقدمة من أصحابها)

٦٥٤ — في مسك الدفاتر بالمربع لاسماء الأشخاص : يحصل الاشهار بالقطعة^(٦) أو بالمقار^(٧) أو بمباراة أخرى لا تجمع التسجيلات والقيود بصحيفة^(٨) واحدة خاصة بكل عقار على حدة . بل الاشهار شخصي . أي أنه يحصل طبقا لاسماء المالكين (وأما عن النساء المتزوجات فانه تثبت أسماءهن بالرجوع الى أسماء آبائهن أولا وأسماء أزواجهن ثانياً : (المادة ١٧٥ من التعليمات

(١) registre des requêtes (٢) des transcriptions et inscriptions
Registre (٣) قرن استئناف م ٨٠٨ ايو سنة ٨٩٠ م ت ق . ١٣٩٠٢
Repertoire alphabétique (٥) Numero d'ordre (٤)
feuille (٨) par immeuble (٧) par parcelle (٦)

لاقلام الكتاب) وفي ذلك تقول المادة ٦٣٥/٧٦٥ مدني ما يأتي : « ويكون أيضا تحت يد الكاتب اثنان من دفاتر الفهرست أحدهما مرتب بالترتيب الهجائي بحرف واحد أو عدة حروف على حسب اسم المالك القديم أو المالك الجديد الذي حصل عليه التسجيل أو اسم المدين الذي حصل التسجيل عليه ^(١) » (يتلاحظ أن الترجمة الصحيحة للكلمة الفرنسية ^(٢) هي التيدلا التسجيل . وقد ورد بالنص المختلط عبارة قيد الرهن ^(٣) وهو نفس القيد المطلوب طبعا بالمادة الاهلية) ثم قررت هذه المادة أيضا ضرورة وجود دفتر فهرست آخر أبجدي أيضا حيث تذكر به ^(٤) التسجيلات فقط ^(٥)) والنسخة العربية تقول تسجيلات السندات . وكلمة السندات لم ترد بالنسخة العربية ولكن ورودها صحيح) ويجب أن يحتوي هذا الدفتر الثاني على أسماء الملاك السابقين المنوه عنها بالمقد المطلوب تسجيله ولم يسبق أن حصل من قبل اشهار بشأن هذه الاسماء (والنسخة العربية تقول السند أو الحكم وهي بذلك تترجم الكلمة الفرنسية ^(٦)) — (راجع المادة ٦٣٥ السابقة والمادة ٦١٩/٧٤٦ مدني)

وما دام ان الاشهار شخصي ، فعلى من أراد الاستعلام أن يطلب الى قلم الكتاب اخباره بما اذا كانت هناك تسجيلات باسم زيد وعمر وبكر الملاك المتتابعين للعقار محل العقد المطلوب تسجيله . أي انه يجب معرفة أسماء هؤلاء معرفة صحيحة . فاذا جهل حقيقة اسم جد الثلاثة مثلاً فانه يعرض نفسه لخطر عدم الوقوف على الحقوق العينية المسجلة أو المقيدة ضد هذا الاسم . وربما يلاحظ أن الاشهار الشخصي هذا خطر في بلد كصر تشابهت فيها الاسماء . ولعل نظام الدفاتر المقاربية هو الدواء لهذا الخطر ان صح الاخذ بنظرية السجلات المقاربية

في بعضه القواعد العامة الخاصة بمسك الدفاتر : يجب في الدفاتر أن يكون مؤشراً عليها من قاضي المحكمة وأن تكون خالية من البياض بين الاسطر

Inscription de (٣)

Transcriptions (٥)

Inscription (٢)

Repertoriées (٤)

Inscription (١)

l'hypothèque
acte (٦)

والقطب والكشط ووضع كلمة فوق الأخرى والكتابة بين الأسطر . فإذا حصل تخرّيج أو شطب وجب تصديق القاضى بعد مراجعة ذلك على الأصل (المادة ٦٢٧/ ٧٥٨ مدنى . المادة ١٥٥ من التعليمات لأقلام الكتاب)

٢٥ - في اجراءات التسجيل والقيّد

٦٥٥ - الأصل ان التسجيل والقيّد لا يحصلان الا بناء على طلب صاحب الشأن (المادة ٦٢٨/ ٧٥٩ مدنى) وتوجد بعض أحوال استثنائية يجوز فيها لكاتب المحكمة عمل التأشير بمعرفته هو ومن تلقاء نفسه ^(١) ، كما تقول بذلك المادة ٦٤٠/ ٧٧٣ مدنى بشأن الاحكام المبطلّة للعقد أو الحكم ^(٢) المسجل والقاضية بفسخه . ويجب على كاتب التسجيل أن يجيب طلب الافراد دون أن يبحث هو فى صحة أو عدم صحة هذه التسجيلات والقيود أو فيما اذا كان هناك محل لذلك أم لا (ويستفاد ذلك من المواد ٦٢٣/ ٧٥١ مدنى والمواد ١٥٨ - ١٥٩ من التعليمات لأقلام الكتاب) . ويجوز تسجيل العقود العرفية والرممية

ولا يجوز لكاتب التسجيل أن يستلم الاوراق المطلوب تسجيلها أو قيدها خارج قلم الكتاب أو فى غير الايام والساعات التى تكون فيها أقلام الكتاب مفتوحة للجمهور والا كان الجزاء المحاكمة التأديبية والحكم بالتعويض (المواد ١٥٩ و ١٦٠ من التعليمات)

وعلى كتاب المحاكم اعطاء ايصال للطالب باستلام الاوراق المطلوب تسجيلها والقوائم المطلوب قيدها . ويجب أن يتبين بها الرقم التدرىجى ^(٣) لاورقة بالسجل مع بيان يوم وساعة التسليم . ولهذه البيانات منافع خاصة فيما اذا تمددت التسجيلات والقيود وتزاحمت فى يوم واحد (المادة ٦٢٦/ ٧٥١ مدنى) ذلك لان الافضلية تعطى للعقد المتقدم للتسجيل أولاً ، أى للعقد الذى تقيّد أولاً بدفتر

المرائض المذكورة عنه بالمادة ٦٢٣/٧٥١ مدني^(١) لانه يعول في وضع تاريخ التسجيل على الرقم التدريجي الموضوع بهذا الدفتر . وتأيد ذلك أيضاً بالمواد ٦٢٢ — ٦٢٤ و ٦٢٦ مدني اذ تقتضى الاخيرة منها بضرورة الايضاح بالاتصال الذي يعطى لصاحب السند المقدم عن تاريخ التسليم باليوم والساعة وعن الرقم التدريجي أى النمرة المتسلسلة التي تقررت للسند بدفتر المرائض . وفي وضع هذه الارقام بحسب مراعاة ساعة التقديم معنى الافضلية في التسجيل بأسبعية التاريخ . وعلى ذلك فما كان أسبق بالساعة تقدم في التسجيل والقيود عما يأتي بعده

ويؤخذ بهذه الافضلية اذا تزامم مشتريان لمقار واحد أو تزامم مع دائن مرتين رهناً تأمينياً أو دائن ممتاز^(٢) أو تزامم دائن مرتين رهناً رسمياً مع دائن ممتاز^(٣)

ولكن يلاحظ أن القانون قرر قاعدة مخالفة لما تقدم بشأن الاختصاص^(١) (المادة ٦٠٠/٧٢٦) وذلك انه قرر بان الاختصاصات الحاصلة في يوم واحد تعتبر متساوية الدرجة والترتيب بصرف النظر عن درجاتها التدريجية وعن ساعات تقديمها . وأما اذا تزامم رهن تأميني مع اختصاص في يوم واحد فالافضلية للرهن على الاختصاص الا اذا كان الرهن مقصوداً به الاضرار بالدائن (المادة ٦٠٠ المذكورة) وستتكمم فيما بعد عن درجات الافضلية فيما يتعلق بالرهونات التأمينية^(٥)

ولما كان قد لا يوجد من الوقت الكافي لدى كاتب التسجيل لاجل تسجيل وقيد ما لديه من الأوراق ، فقد أجاز له القانون اجراء التسجيل والقيود في ظرف مدة لا تزيد عن ثمانية أيام من وقت استلام العقود والاحكام والقوائم . مع

(١) استئناف ٧ فبراير ١٨٩٥ م ت ق ١٢٠٠٧٠ د ٨٩٠٤ ، ١٨٥٠١ — ياردى
الالتزامات ج ١ ن ٣٩٨ (٢) ٢٨٧ ، ٢٠٩٠١ د ٢٨٧ (٣) جرائمولان في التأمينات
ص ٢٥٤ ن ٨٨٢ (٤) Affection
(٥) جرائمولان في التأمينات ص ١٢٤ ن ٤٤٣ — ٤٤٥ و ص ١٦٩ ن ٦٠١

ملاحظة تاريخ تسليم الاوراق وهو التاريخ المبين بدفتر العرائض (المادة ٦٢٤ / ٧٥٤ مدنى) وأما قيد الاختصاص فانه يجب أن يحصل فى نفس يوم حصوله (المادة ٦٢٤ المذكورة . راجع المادة ٥٩٥ مدنى)

فى كيفية حصول التسجيل : التسجيل هو نقل ما جاء بالورقة حرفيا ^(١) فيما يتعلق بالجزء الخاص بنقل الملكية (المادة ٦٢٩ / ٦٧٠ مدنى — المادة ١٦٧ من التعليقات) وعلى ذلك يجب أن يتناول التسجيل كل ما يتعلق بالتسليم ^(٢) ودفع الثمن والشروط التوقيفية والشروط الفاسخة . وذلك لان لهذه البيانات صلة محكمة بنقل الملكية . وللغير مصلحة ظاهرة فى معرفة ما اذا كان الثمن قد دفع كله أو بعضه ومقدار ما يصل اليه مدى امتياز البائع على العقار المبيع . وأما تفسير المادة ٦٢٩ مدنى بأنها لا تتعلق بتسجيل الجزء الخاص بنقل الملكية فقط دون الحاجة الى تسجيل ما يتعلق بالثمن وغير ذلك مما له صلة بنقل الملكية ، فهو قول لا يمكن الاخذ به رغم وضع المادة المصرية هذه كما وضعت المادة ٢١٠٨ فرنسى التى أشارت الى ضرورة تسجيل الجزء الخاص بأن جزء من الثمن لا زال باقيا بذمة المشتري ^(٣) وما دام أن التسجيل يرمى الى حماية الغير يجب حينئذ أن تكون البيانات الواردة بالعقد كافية للتدليل عليه بوضوح وجلاء ^(٤)

فى كيفية حصول القيد : وأما القيد الخاص بحقوق الامتيازات والرهونات التأمينية فانه ينحصر فى نقل القائمة ^(٥) برمتها وهى القائمة المنوه عنها بالمواد ٦٩٠ / ٥٦٦ مدنى . والمادة ٦٣١ / ٧٦٢ مدنى . والمادة ١٦٩ من التعليقات لأقلام الكتاب المختلطة

وبعد التسجيل ترد الورقة المسجلة الى مقدمها مؤشراً عليها وبذيلها بحصول التسجيل وتاريخه ودرجته الرقية ورقم صحيفة الدفتر المسجلة بها . ويجب ان

(١) copie textuelle (٢) livraison (٣) استئناف م ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ت ق ، ٢ ، ١٣٩ — جرائم ولان فى التأمينات م ٢٦٧ ن ٩٠٦
(٤) المادة ٦٩٠ / ٥٦٦ بالنسبة لقيد — استئناف م ٤ ابريل سنة ١٩٠١ م ت ق ، ١٣ .
bordereau (٥) ٢٢٩

يمضى الكاتب هذا التأشير (المادة ٦٣٣ / ٧٦٤ مدنى) ويحصل نفس التأشير
بذيل القائمة المقدمة للقيود والتي ترد لصاحبها بعد حصول التسجيل (المادة
٦٣٢ / ٧٦٣ مدنى)

§ ٣ فى اشهار دفتر التسجيل واعلانها

٦٥٦ - على كاتب التسجيل تسليم كل طالب بناء على طلبه اما شهادة عامة
أو خاصة بالتسجيلات والقيود . واما صورة من العقود المسجلة والقيود
الموجودة . أو شهادة بأنه لا يوجد شيء بالمرّة (المادة ٦٣٦ / ٧٦٧ مدنى) وهو
ملزم ايضا بتسليم كل طالب بناء على طلبه ملخصا من دفتر الفهرست ^(١) (المادة
٦٣٦ / ٧٦٨ . قارن المادة ١٥١ من التعليقات)

وقرر القانون مسئولية كتاب التسجيل بما لا يخرج عن الاحكام المقررة فى
الجنح المدنية طبقاً للمادة ١٥١ مدنى (المواد ٦٣٧ - ٦٣٨ مدنى و ٢١٩٧ - ٢١٩٩
فرنسى) وعلى ذلك يعتبر كاتب التسجيل مسئولاً عن الاضرار الناشئة بسبب
خطأه أو إهماله أو خطأ وإهمال مستخدميه فيما اذا أضرت هذه الاضرار بدائن
أو مشتر . ويسأل أيضاً عن النقص ^(٢) والاعطال الحاصلة بالصور بشأن التسجيلات
والقيود ، أو الحاصلة بالكشوف ^(٣) أو الشهادات ^(٤) التى يسلمها لطالبيها . ويسأل
عن ذلك أمام الدائن المضار بسقوط حقه ^(٥) أو أمام المشتري الذى اشترى بناء
على شهادة غير صحيحة (المواد ٦٣٧ - ٦٣٨ / ٧٦٩ - ٧٧٠ مدنى) ^(٦)
ولا يسأل كاتب التسجيل عن الضرر الناشئ بسبب النقص فى البيانات الواردة
بالأوراق المقدمة اليه . وعلى من يطلب التعويض إقامة الدليل على حصول
ضرره

(١) extrait du répertoire (٢) omission (٣) états

(٤) certificats (٥) créancier forclos أو déchu

(٦) جرائع ولان فى التأمينات من ٢٦٨ ن ٩١٣ وس ١٤٤ ون ٥٢١ فيما يتعلق بالشهادة
عن الرهن التأمينى

ب - في مسك الدفاتر والقيود طبقاً للقانون الجديد

§ ١ - في الدفاتر

٦٥٧ - رأينا بالنظام القديم ثلاثة دفاتر . دفتر العرائض ودفتر التسجيل والقيود . وفهرست هجائي عام عن التسجيل والقيود وفهرست هجائي خاص بالتسجيلات فقط . فهل لا زالت توجد هذه الدفاتر على حسب القانون الجديد أم لا ؟ رأينا أن المادة ١٥ من القانون الجديد أباحت لوزير الحفانية أن يبين بقرار يصدره طريقة مسك دفاتر التسجيل والقيود طبقاً للقانون الجديد . وقد صدر فعلاً قرار من وزير الحفانية في ١٢ يوليو سنة ٩٢٣ بعد موافقة رأى الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة قديين الطريقة الجديدة في مسك هذه الدفاتر . وأهم ما تقرر بهذه الطريقة الجديدة أن جعل التسجيل ينحصر في عدم نقل العقد المطلوب تسجيله برمته بدفتر التسجيل والقيود ، بل يحفظ العقد نفسه بأقلام التسجيل . وقد ترتب على ذلك أن طالب التسجيل أصبح ملزماً بأن يقدم مع العقد الاصلى صورتين له أو أن الحكومة تقوم هي من نفسها بعمل صورتين بالتصوير الشمسي بمعرفة مصلحة المساحة (وتتمشى قواعد التسجيل على القيد أيضاً)

وعلى ذلك أصبحت المواد الخاصة الآن بدفتر التسجيل والقيود باطلة بناء على قرار الحفانية المذكور وبناء على ما قرره المادة ١٦ من القانون الجديد بلفو المواد التي تمسح ولا تتفق مع القانون الجديد وقرار الحفانية

ولكن نظراً لبقاء نظرية التسجيل الشخصي وعدم الأخذ بالتسجيل العيني فلا بد أن يبقى حينئذ دفتر الفهرست الهجائي العام ودفتر الفهرست الهجائي الخاص لأجل الاستعانة بهما على البحث في حالة طلب شهادة أو كشف

وكذلك أيضاً دفتر العرائض فهو لا زال باقياً . ويثبت فيه تاريخ وساعة

تقديم العقد والقائمة للتسجيل والقيود (المادة ٩ من قرار الحقانية في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٣)

٦٥٨ — في تقديم الدوران للتسجيل : تقول في ذلك المادة الاولى من القرار المذكور ما يأتي : « جميع المحررات ^(١) بما فيها الاحكام وقوائم التسجيلات المقارية تقدم بقلم الرهون من نسخة أصلية ^(٢) أو أكثر محررة بالمداد الاسود على ورق خاص يطلب من المصلحة ^(٣) على ثقة الطالب . — توضع على النسخة الاصلية أو على كل نسخة من النسخ الاصلية ثمرة متتابعة تدل على ترتيبها بحسب تقديمها مع تاريخ اليوم ويبان ساعة القيد ويوقع عليها كاتب المحكمة . واذ قدم في العقد جملة نسخ أصلية فيقوم كاتب المحكمة بمراجعتها ^(٤) على ثقة الطالب » والفقرة الثانية تحكي المواد ٦٣٠ و ٦٣١ مدني . أما اذا كان العقد مقدما من أصل واحد قامت المصلحة وقتئذ بعمل صور شمسية له . وتعطى صورة للطالب . ويثبت بصورة لمصلحة المساحة لحفظها كصورة ثانية ^(٥) . والاصل يوضع بملف ^(٦) ويحفظ بقلم الرهون . وتحمل هذه الملفات محل دفاتر التسجيل والقيود الحالية » . وورد في المادة ٢ من القرار ما يأتي : « اذا لم يقدم من العقد الا نسخة واحدة ^(٧) فتصور هذه النسخة تصويراً شمسياً (صورة فوتوغرافية) من نسختين بمعرفة مصلحة المساحة وتسلم احدها للطالب . واذ قدم من العقد نسختان أصليتان فتسلم احدهما للطالب وتؤخذ صورة النسخة الثانية بالفوتوغرافية بمعرفة مصلحة المساحة — واذ قدم من العقد ثلاث نسخ أصلية فتسلم احدها للطالب . وعلى كل حال توضع النسخة الاصلية أو نسخة من النسخ الاصلية داخل ملف وتحفظ بقلم الرهون — وتحمل هذه الملفات محل دفاتر التسجيل الحالية — وترسل كل أسبوع النسخ الثوالت الاصلية من العقود ^(٨) أو صورها الفوتوغرافية الى مصلحة المساحة لحفظها بها كنسخة ثانية — ويصدق قلم

Administration (٢)	original (٢)	actes (١)
en liasse (٦)	duplicata (٥)	collationnement (٤)
	troisième original (٨)	original (٧)

المرهون على الصور الفوتوغرافية التي تسلم لارباب الشأن « والفرض من الصورة المرسله لمصلحة المساحة أن تعتبر بمثابة صورة ثانية . وأن تستعين بها في جمع البيانات اللازمة لارسالها للمديرية لعمل التعديلات اللازمة بمقتضاها بدفاتر المكلفات . وتقول في ذلك المادة ٣ من القرار ما يأتي : « تستخلص مصلحة المساحة من الصور المحفوظة طرفها والمشار إليها في المادة السابقة البيانات اللازمة وترسل أسبوعياً للمديرية لتعديل دفاتر المكلفة بمقتضاها »

هذا ويجوز لكل من طرفي الورقة المسجلة الحق في طلب صورة فوتوغرافية مصدقاً عليها من قلم رهون (المادة ٤ من القرار)

§ ٢ - في المأموريات واختصاصها

٦٥٩ - قلنا انه لما حتم الشارع ضرورة التسجيل لنقل الحقوق العينية العقارية رأى ضرورة تسهيل هذا الامر على الافراد بإيجاد نظام خاص بجانبهم حتى لا ينتقلوا الى الجهات الثلاثة المركزية للتسجيل بمصر. لذلك حصل على انشاء مأموريات^(١) مختلفة بأنحاء القطر تحقيقاً للفرض المتقدم . وقررت المادة ٥ ما يأتي : « تنفذ بيندر طنطا مأمورية لقلم رهون الاسكندرية ، وبيندر الزقازيق مأمورية لقلم رهون المنصورة وبشبين الكوم وبني سويف والفيوم والمنيا وأسيوط وسوهاج والاقصر مأمورية لقلم رهون مصر . — ويجوز أيضاً انشاء مأموريات أخرى بكل مدينة يتقرر انشاء قلم للمساحة فيها » وبينت المادة ٦ دوائر اختصاص كل مأمورية على حدة

أما الاعمال التي تقوم بها هذه المأموريات فهي ما يأتي : (المادة ٧ من القرار)

(١) تقدير الرسوم^(٢) وقيد المحررات المشار اليها بالمادة الثانية من القرار بدفتر العرائض (المادة ٩ من القرار) والقيام بجميع الاعمال الاخرى المنصوص عنها في المواد ١ و٢ و٤ من القرار أى استلام الاوراق المطلوب تسجيلها وطلب

عمل الصور الفوتوغرافية والتأشير على النسخة الاصلية بيوم وساعة تقديمها للتسجيل واستلام طلبات الافراد الخاصة بطلب شهادة بالرهونات والقيود

(٢) استلام طلبات الشهادات المقارية وارسالها يومياً لقلم الرهون حتى بعد انتهاء هذا القلم من تحريرها يبعث بها في الحال الى المأمورية لتسلمها هذه الاخيرة الى أصحابها (المادة ١٢ من القرار)

والمحركات المشار اليها بالمادة الثامنة هي العقود العرفية الخاصة بالعقارات السكّنة في دائرة اختصاص المأمورية والواجب تسجيلها عملاً بالمادتين ١ و ٢ من قانون التسجيل الجديد (المادة ٨ من القرار فقرة أولى)

(٣) استلام طلبات الشهادات المقارية

(٤) التصديق على الامضاءات والاختام^(١) (المادة ١٣ أيضاً من القرار)

(٥) اثبات تاريخ المحركات^(٢)

أما ما يتعلق بتسجيل الاوراق التي لم يرد ذكرها بالمادة ٨ المذكورة فقرة أولى وكذلك ما يتعلق بالتقيد^(٣) والتأشير^(٤) فانه يكون من اختصاص أقلام الرهون بمكتب الاسكندرية ومصر والمنصورة دون غيرها (المادة ٨ الفقرة ٢ والاخيرة)

(٦) تسليم نسخ المحركات الاصلية التي تقدم للمأموريات وكذلك صورها الفوتوغرافية الى قلم الرهون في ظرف ٤٨ ساعة من قيدها في دفتر المرائض (المادة ١٠ فقرة أولى من القرار)

ولهذا السبب يجب أن تكون أسبقية العقود التي تسجل وتفيد بقلم الرهون من جهة وتسجيل المأموريات من جهة أخرى بحسب تاريخ وساعة قيدها بدفتر المرائض (المادة ١٠ الفقرة ٢ والاخيرة)

ويضع قلم الرهون النسخ الاصلية وصورها الفوتوغرافية بمجرد وصولها داخل ملفين^(٥) عن كل مديرية

§ ٣ - في النزاع بين طالب التسجيل

وكاتب التسجيل

٦٦٠- نصت المادة ١٤ بشأن هذا النزاع بما يأتي : « اذا كان المحرر العرفي المقدم للتسجيل غير شامل للبيانات المنوه عنها بالمادة الثالثة من القانون نمرة ١٩ لسنة ١٩٢٣ يكلف الكاتب الطالب اما باستيفاء المحرر قبل تقدير رسومه وقيده بدفتر المرائض واما تكليفه رفع عريضة للقاضي يبين بها الاسباب التي حالت دون مراعاة أحكام المادة المذكورة. وفي هذه الحالة الاخيرة يقيد المحرر بدفتر المرائض بنمرة متتابعة مؤقته وهذه النمرة تصبح نهائية وتحفظ للمحرر الاسبقية اذا صرح القاضي بتسجيله . فاذا لم يصرح تلمى النمرة المؤقته بدفتر المرائض . واذا قدم المحرر ثانية تكون اسبقيته من تاريخ قيده بالدفتر المذكور - ترسل كل مأمورية من تلقاء نفسها وفي اليوم نفسه الى قلم الرهون المرائض المرفوعة لقاضي الامور الوقتية المتعلقة بالمحركات المقدمة لها مرفقا بها نسخة المحرر الاصلية المقدمة عنها العريضة . ويرسل قرار القاضي بمجرد صدوره مشغوعا بنسخة المحرر الاصلية الى المأمورية فتجرى شؤونها طبقا له »

في انقضاء الحقوق العينية

٦٦١- تنقضى الحقوق العينية بوجه عام وهو ما يتعلق بالملكية ، وبوجه خاص وهو ما يتعلق باجزاء الملكية

في انقضاء الملكية والحقوق العينية

٦٦٢- تنقضى الملكية وبوجه عام الحقوق العينية اما بطريقة مطلقة واما بطريقة نسبية . والانتضاء المطلق^(١) حيث لا يترك الحق شخص ما . والانتضاء النسبي^(٢) حيث يزول الحق عن صاحبه وينتقل الى شخص آخر . وكان

الأفضل أن يسمى الانقضاء في هذه الحالة نقلاً^(١). ولكن إذا دققنا النظر في تحليل هذا النوع الأخير من الانقضاء لفضلنا مع ذلك القول بالانقضاء ، لا بالنقل . ذلك لأن الحق في ذاته باعتباره لاصقاً بالإنسان يعتبر غير قابل للنقل . فإذا قيل بحصول نقل ملكية في حالة البيع مثلاً فالذي يقع في الحقيقة هو أن يحصل تنازل من مستلم الشيء^(٢) عن حقه في الملكية في الوقت الذي يتقرر فيه حق جديد في مصلحة مستلم الشيء^(٣) . فكأنه يتقرر في لحظة واحدة وفي آن واحد حقان على الشيء الواحد كما لاحظ ذلك كانت^(٤) وأيده فيه كولين وكابتان^(٥)

٦٦٣ - في أسباب الانقضاء المطلق : في زوال الشيء : يرجع الانقضاء المطلق للشيء الى سببين : زوال مادي للشيء نفسه محل الحق^(٦) (المادة ٢٧ / ٤٦ و ٦١٧ فرنسي فيما يتعلق بحق الانتفاع) . وزوال قانوني^(٧) وهو خروج الشيء محل الحق عن مجال التعامل التجاري كما يحصل في نزاع ملكية العقار وضمه للعقارات المخصصة للخدمة العامة . ويؤول الشيء كلاً أو بعضاً بالقدر الذي أصابه من الزوال وهناك ملاحظات أربعة فيما يتعلق بزوال الحق بسبب زوال^(٨) الشيء محل الحق :

الملاحظة الأولى : متى يعتبر أن هناك زوالاً للشيء^(٩) ؟ فهل يزول الشيء بانعدامه مرة واحدة^(١٠) أو يكفي أن يزول عنه مادته^(١١) أي يفقد شكله الذي عرف به والذي كان مميزاً له من حيث الانتفاع به ؟ قد أجبنا على ذلك ضمناً عند ما تكلمنا على نظرية الالتصاق^(١٢) . إذ لاحظنا أن الشيء يتميز

(١) transmission (٢) tradens (٣) accipiens (٤) Kant (٥) ج ١ ص ٩٨٢ — انظر Metaphysique de la doctrine du droit par Kant p. 100 (٦) destruction matérielle (٧) destruction juridique (٨) perte (٩) destruction (١٠) anéantie (١١) substance (١٢) accession أو بعبارة أخرى

ويبقى ببقاء شكله ، أى أن ذاتية الشيء في كيفية التثام عناصره المكونة له . فإذا تغير شكله وتغيرت طريقة تكوينه زال ذلك الشيء : أو بعبارة أخرى يقال في هذه الحالة بأن الشيء قد تغير بشئ آخر ، حيث أنه من المقرر طبيعياً أن الأشياء لا تزول . وما زال منها إنما قد تغير فقط . ويتأيد هذا الرأي بالمادة ٦٢٤ فقرة أولى فرنسي حيث تقول بأنه « إذا تقرر حق الانتفاع على بناء ثم تهدم البناء في حريق أو في أى حادث آخر أو تهدم بالتقدم فلا يجوز للمنتفع أن ينتفع بالأرض ولا بالمواد المتخلفة عن الهدم » أما عن حظر الشفع بحق الانتفاع بشأن الأرض فالامر ظاهر . وأما عن المواد المتخلفة فربما يكون هناك شئ من التردد في تأييده . وإنما رمى الشارع الفرنسي الى تقرير هذه القاعدة الأخيرة في الاخذ بالقول بأن الشيء يزول بزوال مادته أى اذا تغيرت طريقة تكوينه وإيجاده

الملاحظة الثانية : هل يجوز لمن تقرر له حق على شئ أن يدمى هذا الحق على بقايا الشئ وآثاره ؟ طبعاً يجوز له ذلك في حالة الملكية . فإذا كان الشخص يمتلك شيئاً فإن حق ملكيته هذا يتشمى أيضاً على مفردات هذا الشئ . والحال على خلاف ذلك فيما اذا كان صاحب الحق غير مالك إنما كان يدمى جزءاً من أجزاء الملكية كالمنتفع مثلاً وكما رأينا وبفأناً المادة ٦٢٤ فقرة أولى فرنسي المتقدمة . فإذا تهدم البناء زال حق الانتفاع عن البناء وعن المواد المتخلفة عنه . ذلك لان حق الانتفاع إنما يرمى الى تمكين صاحبه من حق الاستعمال ^(١) وفي حق الاستغلال ^(٢) للشئ . أما وقد زال الشئ المحمل بحق الانتفاع فقد زال معه أيضاً حق الانتفاع . ولكن المادة ٦٢٤ فقرة ٢ فرنسي قد خالفت هذه القاعدة وقررت بأنه اذا كان البناء المهدم ضمن ضيعة ^(٣) محملة بحق الانتفاع انصب الانتفاع على الأرض وعلى موادها . وإن كان هذا الرأي غير وجيه بالنسبة

(١) dr. d'usage (٢) dr. de jouissance (٣) domaine

للمواد الا أن هناك ما يبرر الاخذ به في هذه الحالة فقط باعتبار أن العقار إنما هو تابع للضيعة المحملة بحق الانتفاع

الملاحظة الثالثة: تكلمنا على البقايا المادية للشيء . وما القول بشأن المبالغ^(١)

المقررة قيمة للشيء وهي المبالغ التي يدفعها الغير إذا كان هذا الغير شركة تأمين أو كان نازلاً للملكية وذلك بعد زوال الشيء زوالاً مادياً أو زوالاً قانونياً؟ فهل تحمل هذه المبالغ محل الأشياء وهو ما يسمى بالحلول المادي^(٢)؟ هذا هو ما سنراه عند التكلم على الامتيازات والرهون . ونرى هنا التكلم على ما إذا كان لصاحب الحق على الشيء أن يستفيد من حقه أيضاً على المبلغ المقرر لهذا الشيء أو أن حقه على الشيء يزول بزوال هذا الشيء

عن التأمين: لا قانون بمصر ينظم من شركات التأمين خاصة ويقرر لها قواعد وأحكاماً وفقاً عليها . ومع ذلك يجب الرجوع في هذه الحالة الى ما قرره القضاء . ولكن يجب مع ذلك ان يلاحظ في هذا الشأن أن الشارع قرر بالمادة ٦٩١/٥٦٧ مدني بأن للدائن المرتهن رهناً عقارياً غير حيازي الحق في الاستيلاء على دينه من قيمة التأمين المؤمن بها على العقار المرهون

عن هو الانتفاع: لا يوجد بالقانون المصري (ولا بالقانون الفرنسي أيضاً) نص يحكى النص الالماني وهو المادة ١٠٤٦ حيث قررت هذه المادة « بأنه يجب على المنتفع أن يؤمن على العقار بأخذ قيمة التأمين عند نزول الفاجعة وبصرفها في إعادة العقار الى حالته الاولى . بحيث في نهاية الانتفاع يرد العقار للمالك وبحيث يتمكن المنتفع من الاستغلال بالعقار بعد اصلاحه وترميمه » . وحيث لانص بقانوننا المصري يحكى هذا النص الالماني فلا يلزم المنتفع بالقيام بعمل التأمين . وإذا أمن فاعاً يؤمن لنفسه . وإذا نزلت الفاجعة قبض قيمة التأمين وهي القيمة المقدرة لحق انتفاعه . أما اذا كان التأمين حاصلًا بمعرفة مالك الرقبة فليس للمنتفع أي حق ما بشأن قيمة التأمين وقت نزول الفاجعة

عن نزع الملكية : اذا حصل نزع الملكية للمنفعة العامة أصبحت حقوق الدائنين الممتازين والمرتهنين منصبة على القيمة المقررة ثمناً للعقار (المادة ٢٩ من قانون نزع الملكية الصادرين سنة ٩٠٧ رقم ٥ أهلى وسنة ٩٠٦ رقم ٢٧ مختلط) واذا كان العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة محملاً بحق انتفاع فانا نرى قياساً على القانون الفرنسى (المادة ١٧ من قانون ٣ مايو سنة ١٨٤١) أن تسلم القيمة للمنتفع للانتفاع بها من طريق استغلالها بالارباح انما يجب على المنتفع فى هذه الحالة أن يقدم كفالة حتى ولو كان معقياً منها بالعقد أو بالقانون^(١)

وفى جميع الاحوال الاخرى اذا هلك الشئ بخطأ الغير استطاع أصحاب الحقوق المقررة على هذا الشئ مطالبة المخطئ بالتعويض . وفى هذه الحالة تنصب هذه الحقوق على قيمة التعويض المحكوم به

الملاحظة الرابعة : يحصل أن يشغل الحق ويحول حائل دون التمتع به دون أن يؤثر على جوهر الحق . وقد نصت المادة ٧٠٣ مدنى فرنسى على نوع منها ، اذ قالت « بأنه ينقطع العمل بحقوق الارتفاق فى حالة ما اذا أصبحت الاشياء المحملة بها فى حالة لا يمكن معها الانتفاع بهذه الحقوق الارتفاقية » ثم قررت المادة ٧٠٤ مدنى فرنسى « بأن حقوق الارتفاق تبيث ثانياً^(٢) اذا طادت الاشياء المحملة بالارتفاق الى حالة يمكن معها الانتفاع بهذه الحقوق الا اذا مضت مدة يحتمل معها الظن بزوال حق الارتفاق » وهذه الحالة الاخيرة انما تشير الى زوال الحق من طريق ابطاله بفعل الرمس لامن طريق استحالة الانتفاع به ، أى تشير الى التقادم المسقط أو الى زوال الحق بسبب عدم الاستعمال (المادة ٧٠٧ مدنى فرنسى)

فى نزع الملكية للمنفعة العامة : انه نظراً لاهمية هذا النوع فى زوال الملكية

(١) كابتان ص ٩٠٨ (٢) revivent والاصح ان يقال تعود للظهور recom-
mencent à s'exercer كابتان ص ٩٨٦

أو الحقوق المبنية نرى أن نقول كلمة في هذا الشأن ولو أنه يدخل ضمن مادة القانون الإداري

ان حرمة الملكية من المسائل الأساسية التي تنص عليها الدساتير المنظمة لحقوق الإنسان. وقد فعل ذلك الفرنسيون بما قرروه في بيان حقوق الإنسان^(١) وقررت المادة ٥٤٥ من القانون المدني الفرنسي الموضوع سنة ١٨٠٤ بأنه « لا يجوز أن يكره الإنسان على التنازل عن ملكه إلا اذا كان ذلك خاصاً بالنفعة العامة وبعد أن يقبض تمويصاً عادلاً » وقد لوحظ أن الشارع الفرنسي ذكر كلمة منفعة^(٢) بدلاً من كلمة ضرورة^(٣) التي كانت موجودة بالدستور الفرنسي الصادر سنة ١٧٩١ وجاء الشارع المصري وقرر بالمادة ٨٨ / ١١٧ مدني بأنه « لا تزول ملكية مالك بدون اختياره الا في الاحوال الآتية ثانياً : اذا اقتضت الحالة نزع الملكية منه للمنافع العامة »

ولم يفت الدستور المصري الحديث الموضوع في ١٩ ابريل سنة ١٩٧٣ أن ينص على حرمة الملكية أيضاً فقرر بالمادة ٩ منه ما يأتي : « للملكية حرمة فلا ينزع من أحد ملكه الا لسبب المنفعة العامة في الاحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تمويضه عنه تمويصاً عادلاً . » وهذا القانون المنوّه عنه بالدستور هو قانون نزع الملكية الصادر سنة ١٩٥٦ غُتلط وسنة ١٩٥٧ اهلى

ويجب في نزع الملكية ملاحظة ما يأتي :

١ (لا بد من مرسوم^(٤) لاجل نزع الملكية بمصر) المادة الاولى من قانون نزع الملكية)

٢ (يحصل أن يقع نزع الملكية بتراضى صاحب الملك مع السلطة الادارية . فاذا لم يحصل تراضى وجب استصدار قانون بذلك . (وفي فرنسا لا بد من حكم بنزع الملكية بواسطة المحاكم العادية)

(١) Déclaration des droit de l'homme المادة ١٧ من دستور ٣ سبتمبر ١٧٩١

(٢) utilité (٣) nécessité (٤) decret

(٣) اذا حصل التراضي على نزع الملكية تقدرت قيمة التعويض تقديرأ وديا بين الطرفين الحكومة والمالك . وأما اذا اختلفا في التقدير وجب الرجوع الى المحاكم بالاوضاع والقيود القانونية ويجب أن يكون التقدير عادلا وأن يدفع التعويض الى المالك مقدماً . والا جاز للمالك حبس ملكه تحت يده حتى يتقاضى ثمنه . انما يجوز للحكومة وضع يدها على العقار اذا اقتضت الحالة في ظروف وقيود معينة (أنظر المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧)

٦٦٤ - في أسباب الانتضاء العيني أو في نقل الحقوق : سبق لنا أن رأينا أسباب نقل الملكية والحقوق العينية بوجه عام ، وذلك عند ما تكلمنا على وسائل التملك . ونرى هنا الاشارة اليها في هذا الموطن المناقض للموطن السابق . اذ بينما قد تكلمنا عنها في حالة تقريرها فانا نتكلم هنا عليها في حالة زوالها

(١) في نقل الملكية والحقوق العينية : يحكم القانونه : يحصل ذلك كما رأينا بالاتصاق والتقدم المكسب والاختراع^(١) . ويدخل في تلك المصادرة^(٢) المنوه عنها بقانون العقوبات

(٢) في نقل الملكية والحقوق العينية : يحكم القانونه وارادة العاقدين : ويدخل في ذلك ما يأتي : رسو المزاد في حالة البيوع العلنية واسترداد بيع الحق المتنازع فيه^(٣) (المادة ٣٥٤/٤٤٢ مدني ١٦٩٩ فرنسي) . وأعمال الترك^(٤) وهي الواردة بالقانون الفرنسي دون المصري في حالة ترك الحق في الحائط المشتركة (المادة ٦٥٦ مدني فرنسي) وترك الحق على عقار محمل بحق ارتفاق لصاحب العقار المرتفق (المادة ٦٩٩ فرنسي)

(٣) في النقل الاختياري للملكية وللحقوق العينية : وهذا هو السبيل المادي الحاصل بين الافراد

٤) في زوال مو ملكسب من قبل : ويحصل زوال الملكية أو أى حق عيني آخر ببطالان العقد المقرر لها أو له ^(١) أو الفائه ^(٢) أو فسخه ^(٣) ويقع الزوال بواسطة مفعول الشرط الفاسخ الصريح أو الضمني، وبواسطة الحكم القائل بالابطال ^(٤) أو الفسخ ^(٥)

والاصل أن يترتب على زوال العقد المملك للملكية أو للاحق العيني زوال الحقوق الاخرى المترتبة عليه ^(٦). بمعنى أن لزوال أثرأ رجعيأ يتمشى على الحقوق السابقة. أى ان المالك لا يعتبر وقت الحكم بالزوال مالكا بل لا يعتبر مالكا من يوم أن ملك. وبزوال حقوق المالك تزل حقوق خلفائه. ولكن لهذه القاعدة أحكام استثنائية هامة ذكرناها في اكثر من موضع بشأن حماية الشارع المختلط لجماعة الدائنين المرتبين (المادة ١٠٧ مدنى مختلط وغيرها)

في الاسباب الخاصة بزوال حق الانتفاع وحقوق الارتفاق

حق الانتفاع

٦٦٥- نظراً لما يحدده حق الانتفاع من الاضرار بحق المالك الاصلى ونظراً للضرار الاقتصادية المعروفة لحق الانتفاع رأى الشارع تقرير أحكام خاصة في انعقاد هذا الحق

١) ان حق الانتفاع حق وقفى . وهو يزول اما بموت المنتفع أو بحلول أجل انقضاء الانتفاع أو بزواله بفعل التقادم (المادة ١٦/٣٣ مدنى ٢٩/٥٠ مدنى)
٢) ويزول في حالة اعتساف المنتفع بحق الاستغلال (المادة ٢٧/٤٦ مدنى)

في وجود الحقين لدى شخص واحد

٦٦٦- هناك سبب عام في انقضاء الحقوق يشمل جميع أجزاء الملكية وعلى

résolution (٣)	rescision (٢)	nullité (١)
ex tunc لا ex nunc (٦)	rescision (٥)	nullité (٤)

الاخص حق الانتفاع وحقوق الارتفاق، وهو وجود الحقين معاً لدى شخص واحد^(١) كما اذا اجتمع لدى شخص واحد الرقبة وحق الانتفاع (المادة ٦١٧ مدني فرنسي) وكما اذا اجتمعت لدى شخص واحد أيضاً صفتا مالك العقار المرتفق والعقار المرتفق به (المادة ٧٠٥ مدني فرنسي) وهذا السبب في الانتفاء هو خاص حتماً بأجزاء الملكية، ولا بد من وقوعه كما يقضى به المنطق وكما تقول به القاعدة الرومانية بأن ليس للانسان حق ارتفاق على ملكه^(٢). على انه يجب هنا ملاحظة ما يأتي:

١) يجوز أن يرجع اجتماع حق الملكية مع الحق العيني العقاري الآخر بيد شخص واحد الى أسباب و ظروف مختلفة. ويقع ذلك اذا كان سببه شراء الملكية أو استرداد جزء الملكية أو الارث أو تنازل واسقاط صاحب حق جزء الملكية من حقه. وفيما يتعلق بهذا التنازل يجب ملاحظة أنه وان كان يصح أن يقع صراحة أو ضمناً الا أنه يجب التشدد في ذلك بحيث لا يجوز فيه مجرد وجود قرائن ظنية بسيطة. ففي حالة تنازل صاحب حق العقار المرتفق عن حق الارتفاق لا يجوز الاكتفاء بمجرد سكوت صاحب هذا الحق دون الاعتراض على الاعمال التي يجريها صاحب العقار المرتفق به بطريقة ضارة بحق الارتفاق، واعتبار مجرد هذا السكوت والاعضاء مسوفاً للتنازل وزوال جزء الملكية. ذلك لانه لما كان الحق لا يزول عن صاحبه الا بمضى خمسة عشر سنة أصبح صاحب الحق حينئذ في حل من طلب ازالة الاعمال المعطلة لحق الارتفاق في أي وقت من أوقات مدة الخمس عشرة سنة. وعلى ذلك لا يجوز اعتبار سكوته هذا تنازلاً منه عن حقه واسقاطاً له، الا اذا استفيد هذا التنازل من أعمال بينة ثم بلا شك وتردد عن نية صاحب حق الارتفاق في التنازل^(٣)

٢) قلنا بجواز حصول التنازل عن الحق اذا أصبحت الصفتان بيد شخص واحد. وذلك يرجع الى نفس مآقرته المادتان ٦١٧ و ٧٠٥ مدني فرنسي اذا

(١) consolidation (٢) nemini res sua servit

(٣) ٨٩٠ د ١٠ ٤٧٣، س ٩٢، ١٠ ٦٥٠ مقال شافجرين Chavegrin

عرفنا الانقضاء ، بسبب اجتماع الصفتين ^(١) تعريفاً عاماً يشمل الاقتراضات الاخرى خلاف التنازل مهما كانت هذه الاقتراضات مادام قد اجتمع بيد واحدة حق الملكية مع جزء الملكية . على أن هناك من يقول بعدم صحة هذا التعميم في مجموعه . اذ يقول بأنه لا يصبح القول باجتماع الصفتين معا بيد واحدة في حالة حق الانتفاع الا اذا كان المنتفع نفسه هو الذي اكتسب الملكية ، اذ في هذه الحالة فقط يمكن القول بأن المنتفع قد عمل في الحقيقة والواقع على تثبيت حقه ^(٢) وتقويته ، أي أنه عمل على تحويل حقه المؤقت ، وهو حق الانتفاع ، الى حق دائم خالد

وأما في حالة ما اذا كان مالك الرقبة هو الذي حاز حق الانتفاع وضمه الى الرقبة من طريق تنازل المنتفع عن حقه ^(٣) ، فلا يجوز أن يقال هنا بأنه حصل في هذه الحالة ضم الحقيين معا بيد واحدة ^(٤) ، بل يجب أن يقال بأن حصل ان زال حق الانتفاع ^(٥) ، أي زال المائى للمالك الاصلى في تتممه بحق ملكيته كاملا ، وأصبحت الملكية لديه كاملة غير منتقصة . وعلى ذلك لا يجوز أن يقال هنا بحصول اجتماع الحقيين ^(٦) بل بحصول تنازل ^(٧) . وهذا التنازل هو أيضاً سبب من أسباب انقضاء الحقوق العينية . وأما الحكمة من هذه التفرقة بين سبب الانقضاء باجتماع الحقيين بيد واحدة وسبب الانقضاء بالتنازل والاستقاط فهي ترجع الى أن قانون التسجيل ، يجعل التنازل ^(٨) عن حق الانتفاع وعن حق الارتفاق خاضعاً للتسجيل ، ولم يذكر اجتماع الحقيين بيد واحدة ^(٩) من الاوراق الخاضعة لشرط التسجيل (ذكر قانون التسجيل الفرنسى الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ كلمة التنازل ^(١٠) فقرر بالمادة الأولى منه فقرة ٢ بأنه « يخضع للتسجيل

abdication (٣)

consolidation (٦)

consolider (٢)

suppression (٥)

renonciaillon (٨)

renonciation (١٠)

consolidation (١)

consolidation (٤)

renonciaillon (٧)

consolidation (٩)

أولاً : كل عقد مقرر للغاروقة^(١) أو لحق ارتفاق أو لحق السكنى . ثانياً كل عقد خاص بالتنازل^(٢) عن هذه الحقوق « وتقل الشارع المختلط العبارة بنصها بالمادة ٧٢٧ مدني ، دون أن يلاحظ أن كلمة الغاروقة^(٣) لا تؤدي بمصر ما تؤديه بفرنسا لعدم وجود أراض خراجية وعشورية بفرنسا . ولعل الشارع المختلط أراد بها الرهن الحيازي العقاري^(٤) . وجاء الشارع الاهلي وتقل النص المختلط بالمادة ٦١١ مدني واستعاض عن كلمة الغاروقة^(٥) بعبارة الرهن العقاري الحيازي^(٦) أي أنه صحح ما فات زميله الشارع المختلط . وجاء قانون التسجيل الجديد الصادر في ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ ولم يذكر بالمادة الاولى منه كلمة تنازل^(٧) انما ذكر كلمة زوال^(٨) هذا هو رأى من يقولون بأنه لا يعتبر أن هناك اجتماعاً لحقين معاً بيد واحدة^(٩) الا في حالة ما اذا كان المنتفع هو الذي حاز حق الملكية . وأما اذا كان مالك الرقبة هو الذي حاز حق الانتفاع فلا يقال بأن هناك اجتماعاً لحقين^(١٠) . ويوتبون على ذلك كما رأينا أن الحالة الاولى خاضعة للتسجيل وأما الثانية فلا

٦٦٧ — وانا لا تقر هذا الرأي وراه غير صحيح . ذلك لانه اذا كانت قوانين التسجيل المختلفة ، الفرنسي والمختلط والاهلي ، لم تذكر ضمن الاوراق الخاضعة للتسجيل العقْد الذي تملك به المنتفع حق الرقبة ، فانه يجب مع ذلك تسجيل هذا العقْد لانه مندمج حتماً ضمن القاعدة العامة التي قررت بأن كل عقد منشئ لحق الملكية خاضع للتسجيل . فاذا اكتسب المنتفع حق الرقبة وجب عليه تسجيل عقده الذي حاز به هذا الحق الاخير ، كما يجب على مالك الرقبة أن يسجل العقد الذي حصل به تنازل المنتفع عن حق الانتفاع . كل هذا على شرط أن يكون اجتماع الحقين بيد واحدة^(١١) ، أي نيد المنتفع الذي حاز الرقبة ، حاصلاً

antichrèse (٣)	renonciation (٢)	antichrèse (١)
gage immobilier (٦)	antichrèse (٥)	gage immobilier (٤)
consolidation (٩)	éteindre (٨)	renoncer (٧)
	consolidation (١١)	consolidation (١٠)

بمقد بين الاحياء كأن يكون تنازلاً^(١) من مالك الرقبة للمنتفع^(٢)

(٣) وما القول فيما اذا زال السبب في انقضاء جزء الملكية . وهو السبب الذي ترتب عليه اجتماع الحقين في يد واحدة ، فهل يعود جزء الملكية الى ما كان عليه من قبل ؟ يجب هنا مراعاة أحوال مختلفة . فاذا كان سبب جمع الحقين بيد واحدة راجعاً الى عقد ثم حكم بإبطال هذا العقد^(٤) أو الفائه^(٥) عاد حق الانتفاع أو حق الارتفاق الى الظهور من جديد أخذاً بقاعدة الاثر الرجعي لا بطلان العقود والفائها . والحال على خلاف ذلك فيما اذا حصل الجمع بين الحقين ثم حصل انفصالهما عن بعضهما البعض . كما اذا اشترى صاحب العقار المرتفق المقار المرتفق به ، فيزول حق الارتفاق في هذه الحالة . فاذا جاء المالك وباع المقار المرتفق منهما فلا يعود حق الارتفاق للظهور . واسكن يجب هنا أن يلاحظ ما قرره بشأن حق الارتفاق المقرر بمعرفة رب الأسرة اذ يجب أن يقال هنا استثناء بضرورة عود الارتفاق الى الظهور^(٥)

في الزوال بسبب عدم الاستعمال

مدة التقادم

٦٦٨- لما كان حق الانتفاع وحق الارتفاق من الحالات الطارئة على المقاررات باعتبارها شذوذاً من القانون العام أصبحت خاضعين لسبب خاص للزوال والاقضاء وهو التقادم المسقط المسمى عدم الاستعمال^(٦) مدة ١٥ سنة (المادة ٦١٧ فقرة ٤ والمادة ٧٠٦ مدني فرنسي) . هذا ومن البديهي أنه لو ظل صاحب حق جزء الملكية زمناً طويلاً لا يستفيد من المزايا التي تقررت لحقه اعتبر ذلك أمارة على أن جزء الملكية هذا غير مفيد له أو أنه تنازل عن الاستفادة به . وفي كلتا

annulé (٣)	كابتان م ٩٨٩ (٢)	renonciaion (١)
non-usage (٦)	كابتان م ٩٩٠ (٥)	résolution (٤)

الحاليتين لا محل لاستبقاء هذا الحق ذلك الذي لم يخرج عن كونه قيداً لحق المالك الاصلى في ملكيته الاصلية

وقاعدة اقتضاء الحق بسبب عدم الاستعمال قاعدة عامة تسرى على جميع أنواع حقوق الارتفاق وعلى الاخص على الارتفاقات المقررة بمعرفة الانسان^(١) على ما في هذا الارتفاق من نقد التسمية الذي أشرنا اليه بمكانه . وأما الارتفاقات الاخرى الطبيعية^(٢) والقانونية^(٣) فانها لا تنقضى بعدم الاستعمال مطلقاً . ذلك لانه كما قلنا لم يخرج عن كونها من الاشياء العالقة بحق الملكية أى أنها خالدة كالملكية الخالدة ايضاً

والامر على خلاف ذلك بالنسبة لحقوق الارتفاق القانونية التي تنقرر بناء على مبلغ تعويض يقضى به لصاحب العقار المرتفق به ، كحق ارتفاق المرور لارض لا منفذ لها على الطريق العام . ذلك لان حقوق الارتفاق هذه قد تزول وتنقضى بسبب عدم الاستعمال مدة ١٥ سنة . والسبب في اقتضاؤها انها مقررة لمصلحة الافراد بطريقة خاصة لا للمصلحة العامة بطريقة عامة ، ولانه لا تبادل فيها من حيث المنفعة بين طرفيها ، صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به ، كما هي الحال بشأن الارتفاقات القانونية المتعلقة مثلاً بضرورة ترك متر واحد فاصل بين المقار المتجاورة حتى يكون لمن ترك المتر الحق في فتح نوافذ كاملة على جاره

٦٦٩- وعلى العكس مما تقدم فان الارتفاقات المقررة بفعل الانسان فهي تزول وتنقضى بعدم الاستعمال دون تفرقة في أنواعها سواء كانت هذه الارتفاقات مستمرة أو غير مستمرة ظاهرة أو خفية . وهذه حالة من حالة التفرقة بين التقادم المسقط والتقادم المكسب^(٤) اذ سبق لنا أن لاحظنا أن هذا التقادم الاخير لا يسرى الا على الارتفاقات المستمرة والظاهرة معاً . وأما التقادم المسقط فانه يسرى

بلا استثناء على الارتفاقات المتقطعة والارتفاقات المستمرة . ولكن يلاحظ أنه على ذلك يجب التمييز في هذه الحالة بين هذين النوعين من الارتفاق من حيث تعيين ابتداء مدة التقادم بمضى ١٥ سنة ، ففي الارتفاق المتقطع يعتبر ابتداء مدة التقادم المسقط نفس اليوم الذى بدأ فيه صاحب حق الارتفاق يمتنع عن الانتفاع بحقه ، أى هو اليوم الذى يحصل فيه آخر عمل من أعمال الاستغلال لحق الارتفاق . وأما عن الارتفاقات المستمرة فيعتبر ابتداء مدة التقادم اليوم الذى حصل فيه عمل من الأعمال التى تتعارض مع حق الارتفاق . كأن سدت المنافذ المطلة على المقار المرتفق أو رفعت المواسير الموضوعة لجلب المياه (المادة ٧٠٧ مدنى فرنسى) هذا ويلاحظ من البديهي أنه اذا ظل حق الارتفاق الظاهر غير منتفع به ، كأن لم يقم صاحب المنزل المرتفق بفتح النافذة المتفق على فتحها على المنزل المرتفق به ، انقضى هذا الحق بالتقادم . وتبتدىء المدة هنا من يوم الارتفاق على فتح النافذة

المعنى المقصود من عدم استعمال

حق الارتفاق

٦٧٠ - ان سهل ادراك عدم استعمال المنتفع لحق الانتفاع فان الامر يدق فهمه في حالة عدم استعمال حق الارتفاق . وفي ذلك بيان نوجزه فيما يأتى :

(١) هل هناك محل أولا الى ضرورة تعيين طبيعة العائق والحائل دون الانتفاع بحق الارتفاق ؟ اذا فرض وفسرنا بتوسع انقضاء الارتفاق بعدم الاستعمال بأنه تنازل واسقاط من جانب صاحب حق ارتفاق عن حقه لترتب على ذلك ضرورة القول هنا بأنه لا يعتبر استمرار عدم الاستعمال سبباً لانقضاء حق الارتفاق الا اذا كان حاصله بارادة ورغبة صاحب الحق ^(١) وأنه لا أثر لعدم الاستعمال اذا كان راجعاً لسبب جبرى أو قهرى

فاذا زال الاستعمال بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى فلا يعتبر بمثابة تنازل

واسقاط من جانب صاحب العقار المرتفق لان حق الارتفاق يعود كما كان اذا زال العائق اللارادى حتى ولو مضت مدة التقادم الطويل^(١) ولكن النقص الفرنسي ابى الاخذ بهذه التفرقة^(٢) وقرر بأن المادة ٧٠٤ مدنى فرنسى قررت فى صراحة وبلا تمييز بين حالة وأخرى ضرورة انقضاء حق الارتفاق اذا مضت مدة من الزمن تكفى للقول بزوال الارتفاق، أى اذا لم يزل العائق الا بعد مضى مدة التقادم الطويل على القطع (بمعنى أن العائق أو الحائل دون الانتفاع ظل قائماً مدة التقادم الطويل، ثم زال العائق بعد ذلك وعادت حالة الارتفاق كما كانت من قبل، اذ فى هذه الحالة لا يعود الارتفاق بل ينقضى) وقد اعترض البعض على هذا الرأى قائلاً بأنه اذا كان قطع التقادم لم يرجع لفعل صاحب العقار المرتفق به نفسه، فانه يستحيل وقتئذ على صاحب العقار المرتفق قطع التقادم من طريق رفع دعوى أمام القضاء على صاحب العقار المرتفق به. ولا صحة لهذا الاعتراض لانه اذا تبين أن صاحب حق الارتفاق أصبح مهدداً بزوال الارتفاق بسبب قهرى أو جبرى فما عليه الا أن يعمل على قطع التقادم من طريق رفع دعوى على صاحب العقار المرتفق به يطلب فيها اقرار هذا الاخير بحق الارتفاق المقرر من قبل. وفى هذه الحالة لا محل للاخذ حينئذ بالقاعدة الرومانية القائلة « بأن التقادم لا يسرى على من استحاله عليه العمل »^(٣)

(٢) واذا تعدد أصحاب الارتفاق ظل حق الارتفاق قائماً بالنسبة للجميع اذا ظل أحدهم منتفعاً بحق الانتفاع (المادة ٧٠٩ مدنى فرنسى) وكذلك الحال أيضاً فيما اذا كان أحدهم مفقود الأهلية فان التقادم المسقط يوقف قبله (المادة ٨٤ مدنى و ٢٢٥٢ فرنسى) وقبل شركائه فى حق الارتفاق (المادة ٧١٠ مدنى فرنسى). وعلى ذلك وبناء على هاتين المادتين اذا أصبح العقار المشترك بين

(١) د، ٢، ٩١، ١٦٥ فيما يتعلق بمنع عمل بحق ارتفاق قديمة بشر — كابتان س ٩٩١

(٢) د، ٩١، ١٠٣٧ — س، ١، ١٠٤٥٢٤ (٣) contra non

valentem agere non curit praescriptio — د، ١٢، ٢، ٣٢ — كابتان س ٩٩١

الجميع ملكاً لأحد الشركاء وحده فيما بعد^(١) بسبب القسمة ظل حق الارتفاق قائماً حتى ولو كان هذا الشريك الذى اختص وحده بالمقار المرتفق قد سبق له ان انقطع هو بالذات عن الانتفاع بحق الارتفاق المدة الطويلة . وعلة ذلك أنه لما كان حق الارتفاق من الحقوق التى لا تقبل القسمة فلا يمكن حينئذ تقسيمه على الشركاء فيه والمنتفعين به . وعلى ذلك اذا ظل أحد الشركاء على الشيوع ينتفع بحق الارتفاق ونجب اعتبار انتفاعه منصرفاً الى حفظ حق الارتفاق فى ذاته وعلى اتفه واكمل . وبعبارة أصح يمكن القول فى هذه الحالة بأنه لما كان حق الارتفاق لم يخرج فى الحقيقة عن كونه رابطة قائمة بين عقار وعقار أصبحت المنفعة المرجوة من هذا الارتفاق وفقاً على المقار المرتفق لا على أحد ملاكه . وعلى ذلك يظل الارتفاق قائماً طالما الانتفاع به قائماً سواء كان المنتفع به بالذات أحد ملاك المقار المرتفق أو انتفعوا به جميعاً^(٢)

(٣) وما القول فيما اذا كان عدم الاستعمال جزئياً؟ القول فى ذلك « أن طريقة الانتفاع بالارتفاق^(٣) قد تقادم هى الاخرى كما يتقادم حق الارتفاق نفسه » (المادة ٧٠٨ مدنى فرنسى) فإذا كلف مقررراً للعقار حق المرور على أرض جاره فى عرض خمسة أمتار معينة ثم استمر المرور قائماً مدة ١٥ سنة فى عرض ثلاثة أمتار زال التقادم عن المشتري وظل قائماً فى الثلاثة الباقية . وربما كان هذا الرأى الذى تقول به المادة ٧٠٨ مدنى فرنسى المذكورة يتعارض مع ماقررتها المادة ٧٠٩ مدنى فرنسى اذ نصت هذه الاخيرة أنه فى حالة تعدد أصحاب الارتفاق وانصراف الانتفاع به الى جزء منه أصبح حق الارتفاق مع ذلك قائماً باكملته بالنسبة للجميع . وقد يتعارض أيضاً مع المادة ٢٢٣٢ مدنى فرنسى إذ قالت بأنه لا يجوز اعتبار أعمال التماسيح والتساهل^(٢) مسوغاً للتقادم . ويظهر

(١) co-indivisaire (٢) كتابان من ١٩١٢ . — انظر مع ذلك د ١٠٥٠٣٠

٢٢ . — م ٧٠٧٠١٠٥٣٠ (٣) mode de servitude

(٤) actes de pure faculté

أن القاعدة المقررة بالمادة ٧٠٨ المذكورة لا تستند الى سند تاريخي متقدم عليها .
اذ قرر الرومان أيضاً بأنه يكفي في بقاء الارتفاق قائماً أن يكون الانتفاع به انتفاعاً
جزئياً ، وأخذ به أيضاً القانون الفرنسي القديم . ولكن دوماً^(١) قد اتفرد برأى المادة
٧٠٨ المذكورة فقال به بناء على تعليقات منطقية . فتأثر الشارع الفرنسي به في
غير حق ووجاهة^(٢) لذا غفل القضاء الفرنسي على الاخذ في تطبيق المادة ٧٠٨
المذكورة بالحرص والدقة ، فلا يقضي بما قرره الا اذا كان الارتفاق مستمراً ، كما
رأينا في مثل حق المرور في طريق عرضه خمسة أمتار . وكما اذا كان للجار حق
المطل على جاره في ثلاثة منافذ فسد الجار الى المرتفق بمقارعه نافذتين وظل صاحب
العقار المرتفق منتفعاً فقط بنافذة واحدة مدة التقادم الطويل . وهنا ينتقادم
الارتفاق في النافذتين المسدودتين ويبقى الارتفاق قائماً في النافذة الباقية . وكما
اذا التزم صاحب العقار المرتفق به بأن لا يقيم بناء بارضه ثم جاء وأقام بناء بارتفاع
ثمانية أمتار مثلاً

فاذا ظل هذا البناء قائماً مدة التقادم الطويل ، تحول ارتفاق عدم البناء^(٣)
هذا الى حق ارتفاق بالبقاء على ارتفاع معين^(٤) أي صورة مصغرة للارتفاق
الاول^(٥)

وأما اذا كان الارتفاق متقطعاً فان القضاء الفرنسي لا يعمل على الاخذ بالمادة
٧٠٨ المذكورة الا في حالة ما اذا كان القطع الجزئي ناشئاً عن حائل مادي حال
دون انتفاع صاحب حق الارتفاق بحقه وليس ناشئاً عن مجرد أن صاحب حق
الارتفاق قد اكتفى باستغلال الحق في صورة مصغرة عن طريقة الاستغلال
المقررة له من قبل . فاذا فرض بأنه تقرر للجار حق المرور على أرض جاره اما
بواسطة عربات أو بأى واسطة أخرى وظل صاحب الارتفاق يمر على أقدامه مدة

Domat (١) كليات من ٩٩٢

servitude non altius tollendi (٤) servitue de ne pas bâtir (٣)

(٥) كليات من ٩٩٢

سنوات وهو يجنى ثمراته ويستولى على إيراده ، اذا حصل ذلك طهر العقار من حق الانتفاع بمضى هذه المدة القصيرة

وأما عن حق الارتفاق فاذا فرض وأن مشتريا اشتري العقار المحمل بهذا الحق أى العقار المرتفق به ووجهل وجود الارتفاق وظل مستغلا للعقار مدة خمس سنوات دون أن يعمل صاحب حق الارتفاق عملا من شأنه اظهار حق الارتفاق والتدليل عليه بأعمال خارجية ظاهرة ، اذا حصل ذلك فهل يسقط حق الارتفاق عن صاحبه بالتقادم المسقط ^(١) ؟ قال بوتييه بالسقوط . وخالفه بحق المصريون فى رأيه هذا بالاجماع . لانه لا محل فى حالة حق الارتفاق للقول بالتقادم المكسب كما فى حالة حق الانتفاع . ذلك لان مالك الرقبة فى استغلاله للعقار الذى اشترى فيه حق الانتفاع مدة خمس سنوات (وفى فرنسا ١٠ سنوات أو ٢٠ سنة على حسب الاحوال) انما يقوم بالاعمال الخاصة بحق الانتفاع بالذات ، وبذا يجوز له أن يكتسب هذا الحق بمضى المدة القصيرة . وعلى العكس من ذلك فى حق الارتفاق فان من ملك العقار المرتفق به وهو المحمل بحق الارتفاق ، مدة خمس سنوات مع السبب الصحيح فهو لا يقوم بعمل يدل على أنه استفاد من حق الارتفاق . ويستحيل أن يحصل ذلك لان عقاره هو المرتفق به . واذا لا يجوز أن يملك حق الارتفاق بمضى المدة ، أى لا محل للاخذ بالتقادم المكسب . واذا استحال عليه حينئذ الأخذ بالتقادم المكسب فانه لا محالة من الأخذ هنا بالتقادم المسقط ^(٢) أى بالمدة الطويلة التى قالت بها المادتان ٧٠٦ و ٦١٨ فرنسى ^(٣)

عدم الاستعمال وحق الملكية

٦٧٢ — قلنا يجوز تقادم أجزاء الملكية بسبب عدم الاستعمال . ولكن لا يصح الاخذ بقاعدة التقادم بسبب عدم الاستعمال فى حالة الملكية ذاتها . فاذا

prescription libératoire (٢) usucapio libertatis (١)

(٣) كاجان ص ٩١٣

ظل المالك المدة الطويلة وهو لا يستغل عقاره فلا يزول ملكيته عنه ^(١) أى ان الملكية حق خالد . ويتولد عن ذلك عدم جواز تقادم حقوق الارتفاق الطبيعية والقانونية ولا تقادم دعوى تثبيت الملكية لدى صاحبها ^(٢)

ولكن يجب ملاحظة أنه ان صح القول بخلود الملكية وعدم زوالها بعدم الاستعمال فان ذلك موقوف على حالة ما اذا لم يتقرر للغير حق على العقار أثناء مدة التقادم . وعلى ذلك لا يجوز أن يقال في هذه الحالة بسقوط حق الملكية من المالك بالتقادم المسقط ، بل يجب القول باكتساب الغير لحق الملكية بالتقادم المكسب . نعم ولو أن النتيجة واحدة وهى زوال الملكية عن المالك الا أن هناك ملاحظة لا بد من الامام بها . فاذا فرض وظل المالك الحقيقى مدة التقادم وهو لا يجرى على عقاره أى عمل ما ، وفى أثناء المدة تعاقبت أيد عدة على العقار بحيث يستحيل على واضع اليد الحاضر ضم مدته على مدة السابق عليه فى وضع اليد : اذا حصل ذلك وقيل بالاخذ بالتقادم المسقط قبل المالك الحقيقى اترتب عليه ان واضع اليد الاخير يدفع بهذا الدفع الخاص بالتقادم المسقط قبل المالك الحقيقى . وعلى العكس من ذلك اذا قيل بضرورة الاخذ بالتقادم المكسب فانه لا يجوز لواضع اليد الاخير دفع دعوى المالك الحقيقى الا اذا تملك هو العقار بمضى المدة المملوكة والمكسبة سواء بنفسه أو بعد ضم مدته على مدة بملكه السابقين عليه ^(٣) . وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ ^(٤) خالفت به هذه القاعدة وكان محلاً لنقد الناقدین ^(٥) ذلك أن جمعية دينية غير مأذون لها من قبل الادارة وضعت يدها على عقار بناء على عقد هبة من المالك . وجاء ورثة الواهب وطلبوا رد العقار اليهم لبطالان الهبة بسبب أن الجمعية الدينية غير مرخص بوجودها فهى غير موجودة من الوجهة القانونية . فقررت محكمة النقض بأنه لا محل لدعوى

(١) ج ١ ع ١ ص ٣١٢ ن ٣٤٤٢ . — مصر كلى ١٦ سبتمبر ١٩٢٢ م ٣ ص ٧٦ عدد

٤٨ ، مرجع ص ٣٧٦ ن ١٣٤٩ (٢) ج ٢ ع ٢ ص ٢٨٠ ن ٣٠٨٢ — ٣٠٨٢

(٣) كابتان ص ٩٩٤ (٤) د ٨٠٤ ، ١٤٥٠١ ومقل بودان Ch. Beudant

ص ٧٩ ، ٣١٣١ (٥) كابتان ص ٩٩٤ — كابتان فى الالتزامات ص ٤٩٨ ن ٥٠٠

الورثة لا لسبب استحالة تملك الجمعية للعقار بالتقادم بسبب عدم الاقرار بوجودها القانوني، بل لسبب أن دعوى استرداد العقار، أو بعبارة أخرى دعوى بطلان الهبة، قد سقطت ما دام أنه قد مضت مدة ثلاثين سنة على الهبة. واستندت في حكمها الى المادة ٢٢٦٢ التي قررت «بأنه تتقادم جميع الدواوى العينية والشخصية بمدة ٣٠ سنة» أما طريقة تدليلها بالاستماعة بهذه المادة فهو غير صحيح. ذلك لان الغرض من وضع هذه المادة والجمع فيها بين الدواوى العينية والشخصية من حيث حكم التقادم، فانما يرمى الى أن واضع قانون نابليون أرادوا بها فقط أن يسلوا في عبارة واحدة بالتقادم المكسب والتقادم المسقط حتى يكون الحكم عاما عليهما. وقد أراد بذلك واضعو قانون نابليون في الوقت الذي قالوا فيه بالاجماع بعدم جواز انتضاء حق الملكية بعدم الاستعمال وانه لا يصح زوالها الا اذا تقررت لآخرين حقوق على العقار، أى دفع واضع اليد بالتقادم المكسب. هذا واذا دققنا النظر في حكم النقض المذكور لوجدنا أنه يفرعن نتيجة غريبة. ذلك لانه ما دام أن دعوى الملكية زالت بالتقادم طبقاً للمادة ٢٢٦٢ المذكورة، وما دام أنه لم يحصل وضع يد قانوني يملك لا انتفاء الوجود القانوني للجمعية الدينية المشار اليها بسبب عدم التصريح لها من جانب الادارة، فانه يترتب على ذلك كله أن العقار يصبح ولا ملك له. أى أنه يصبح ملكاً للحكومة أخذاً بالمادة ٧١٣ مدني فرنسي. وبذا يصبح التقادم، وقد شرع لتأمين أصحاب الحقوق على حقوقهم، اداة تعمل على زعزعة هذه الحقوق واضطرابها في أيدي أصحابها^(١)

في الضمانات القضائية المقررة لحماية الحقوق العينية

٦٧٣- يتناول القول هنا الدواوى العينية وطرق اثبات الحقوق العينية

في الدعاوى العينية

(١) في دعاوى وضع اليد ودعاوى الملكية

المنقول منها والمقار

٦٧٤ - الدعاوى العينية ^(١) اما أن تكون منقولة أو عقارية وذلك على حسب ما اذا كانت متعلقة بمنقول كالملكية وحق الانتفاع في المنقول . أو متعلقة بعقار كالملكية وحق الانتفاع وحقوق الارتفاق في العقار

والدعاوى المقارية ^(٢) اما أن تكون دعاوى ملكية ^(٣) أو دعاوى وضع يد ^(٤) . والاولى منهما ما تعلقت بالنزاع في وجود أو عدم وجود الحق العيني المقاري ذاته ^(٥) . وتسمى أيضاً هذه الدعوى بدعوى تثبيت الملكية ^(٦) اذا تعلقت بالملكية ذاتها ، وتسمى بدعوى جزء الملكية ^(٧) اذا تعلقت بحق الانتفاع أو حقوق الارتفاق

ويستعان بدعوى وضع اليد في حماية وضع اليد ذاته على المقار دون التعرض للبحث في حق الملكية . وبها يستطيع واضع اليد دفع أي اعتداء على يده حتى ولو كان صادراً من المالك نفسه وذلك الى أن يثبت هذا الاخير بطريق قضائي ملكيته للعقار

وللتفرقة بين دعوى وضع اليد ودعوى الملكية نتائج عملية هامة . منها :

- ١ . لا يشترط القانون شروطاً واحدة في الدعويين من حيث أهلية التقاضي وحق التقاضي ، اذ يتساهل في تقرير ذلك بالنسبة لأولى الدعويين دون الأخرى . ذلك لانه يجوز لمن كان لديهم مجرد حق ادارة العقار أن يرفعوا

petitoires (٣)	actions immobilières (٢)	actions réelles (١)
	droit réel immobilier (٥)	possessoires (٤)
	confessoire (٧)	revendication (٦)

دعوى وضع اليد دون دعوى الملكية. فيجوز للوصى رفع دعوى وضع اليد^(١) باسم الصغير دون أن يكون في حاجة الى أخذ رضاء المجلس الحسبي . وأما اذا شاء هذا الوصى رفع دعوى الملكية فإنه يجب عليه أخذ رضاء المجلس الحسبي في ذلك (انظر في ذلك المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥)

(٢) دعوى الملكية خاضعة للقواعد العامة الخاصة باختصاص المحاكم العادية أى المحكمة المدنية ومحكمة الاستئناف . وأما دعوى وضع اليد فإنها على العكس من ذلك اذ هي من اختصاص القاضى الجزئى نظراً لضرورة الفصل فيها على وجه السرعة (المادة ٢٦/٢٩ مرافعات و ٣ فقرة ٢ فرنسى)

(٢) فى دعاوى وضع اليد

وما يرجى منها وفى محل الاخذ بها

٦٧٥—هناك مبدأ أن يسودان هذه الدعاوى :

أولاً : من حيث النتائج القانونية المقررة لوضع اليد فى ذاته : ان اهتمام الشارع فى كل مكان بحماية واضع اليد دون أن يمتنع بما اذا كان هذا الاخير مالكا أم غير مالك اهتمام يرجع لاسباب عدة . منها أن وضع اليد يصحبه فى الغالب حق الملكية . ذلك لأن صاحب هذا الحق الاخير انما هو على الغالب من يقوم باجراء الاعمال التجارية الظاهرة التى تتم على حقه . وقد يستفيد نفس المالك الحقيقى^(٢) من دعوى وضع اليد هذه فيستعين بها فى دفع اعتداءات الغير عليه فى الوقت الذى قد يتعذر عليه اثبات حقه بأدلة قاطعة فى الملكية . وفى استعانتها بها اعفاء من حيث هذا الالزام الدقيق فيما يتعلق بالملكية ومن حيث الوقت والمصاريف القضائية وسهولة التقاضى

ولقد أصاب اهرنج^(٣) العالم القانونى الالمانى المعروف فى قوله بأن وضع

اليد هو الخطوة الاولى من خطوات الملكية^(١) . فاذا فرض وكان صاحب اليد الحاضرة لا يستند في حقه الى عقد تملك في الملكية فانه يجب مع ذلك حمايته من أى اعتداء على يده يأتيه من جانب المتعرضين له ، طال أو قصر أجل يده على العقار . ويرجع ذلك كله الى أن وضع اليد أداة موصلة للملكية أو هوقرينة لها . لذلك كان من العدل والمنطق تمكين واضع اليد من العمل على حماية يده الحاضرة وتقرير طريقة قانونية خاصة له في اقرار يده حتى لا يكون في حاجة الى الاستعانة بوسائل القوة الشخصية^(٢) في درء اعتداء الغير عليه حتى ولو كان المعتدى هو المالك الحقيقي نفسه . ولا غرابة في تقرير أداة الحماية هذه لواضع اليد الحاضر ضد المالك الحقيقي وفي الزام هذا الاخير بطريقة قانونية أخرى باثبات ملكيته قبل خصمه . ذلك لانه لو كان المالك الحقيقي قد عنى بحقه ولم يتركه للغير ينتفع به لما نجمت عن اعماله هذه الحالة الجديدة وهي وجود يد مستقلة هادئة على عقار نفرض المالك الحقيقي يده عنه برغبته واختياره

ثانياً : ان دعوى وضع اليد أداة مقررّة في العصور الحاضرة لحماية الحقوق العقارية دون غيرها (المادة ٢٦/٢٩ مرافعات و٣ فقرة ٢ فرنسي) . أما عند الرومان وفي القانون الفرنسي القديم فان دعوى وضع اليد كانت مقررّة للمنقولات أيضاً^(٣)

٦٧٦- والحكمة في تقرير دعوى وضع اليد في الوقت الحاضر لحماية الحقوق العقارية دون المنقولة هو لان حماية المنقول مكفولة بقاعدة «حيازة المنقول سند تملكه» اذ يصبح لصاحب اليد على المنقول حق التذرع بهذه القاعدة في سبيل حماية يده من اعتداء الغير عليه . ولكن يلاحظ أن هذا التعليل المنقول به غير كاف في تقرير المسوغ في قصر دعوى وضع اليد على العقار دون المنقول . لانه سبق لنا أن رأينا بأنه لا تصح قاعدة «حيازة المنقول سند تملكه» قبل

الغير وهو من اشترى ولو بحسن نية منقولاً من غير تاجر لصنف المنقول هذا. وعلى ذلك يجوز للمالك الحقيقي طلب رد المنقول اليه الى صاحب اليد الحاضرة عليه . ويظهر أن السبب الصحيح لذلك المسوغ هو أنه لما كانت المنقولات ليس في غالب الاحيان كبيرة الاهمية فلا يجوز حينئذ التساهل في افساح مجال التخاصم أمام خصمين وتركهما يستعينان بدعويين مختلفتين دعوى وضع اليد ودعوى الملكية^(١) هذا هو المسوغ الذي قال به واضمو قانون نابليون وهو تعليل كما نرى لا يتفق مع حقيقة الواقع في الاوقات الحاضرة ، اذ للمنقولات الآن من القيمة ما لا يقل عن قيمه العقارات . وعلى ذلك نرى أن هذه القاعدة في حماية العقار دون المنقول بدعوى اليد قاعدة مقررة في الاوقات الحاضرة بدون مسوغ قانوني مقبول^(٢)

٣) في الحقوق العقارية المحمية بدفوى وضع اليد

٦٧٧- الاصل أن الاداة المقررة لحماية اليد الحاضرة إنما هي بوجه عام لكل من يجري على العقار حقاً عينياً عليه ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر الفرنسي^(٣) . وربما يستعين بهذه الاداة أيضاً الخائزون العاديون^(٤) كالمستأجرين للبيوت^(٥) وللاراضي الزراعية^(٦) والدائنين في الفاروقة الفرنسية^(٧) (وفي الدائنين المرتنين رهنًا حيازياً^(٨)) الخ . ولا بد مع ذلك من الاخذ بالملاحظات الآتية :

٦٧٨- ١) يجب فيما يتعلق بالاملاك العامة^(٩) أن يتقرر هذا النوع من حماية اليد الحاضرة للحكومة والمديريات ودفع اعتداءات الافراد عليها ولو أن يد الحكومة والمديريات ليست يداً مالكة . والحكومة أو المديريات بالخيار ان

(١) انظر مجموعة لوكره Locré مجلد ١٦ ص ٥٨٦ (٢) كتابتان ص ٩٩٧

(٣) emphytéose (٤) simples détenteurs (٥) locataires

(٦) fermiers (٧) créanciers antichrésistes

(٨) gage immobilier (٩) domume public

شئت الاستعانة بدعوى وضع اليد أو بالطرق الادارية^(١) وللأشخاص أو الشركات التي حصل اليها التنازل عن جزء من الاملاك العامة^(٢) للاقيام بأعمال عامة وهي المسماة بالشركات صاحبة الامتياز ، حق الاستعانة بدعوى وضع اليد ضد الغير الذي يتعرض لها . ذلك لان الحيازة العرضية هنا وهي التي تحول دون الاستعانة بهذه الدعاوى ، انما هي حيازة الشركات المتنازل اليها قبل الادارة . أى اذا كان لا يجوز للشركات الاستعانة بدعوى وضع اليد قبل الحكومة ، لان يدها يد عارضة ، فانه يجوز لهذه الشركات الاستعانة بهذه الدعاوى قبل الافراد واعتبارها بمثابة واضع اليد الحقيقي^(٣) ما دام أنه ليس للافراد حقوق على الأملاك العامة أكثر مما للشركات صاحبة الامتياز^(٤) . قلنا بأنه لا يجوز للشركات أصحاب الامتياز حق الاستعانة بدعوى وضع اليد قبل الحكومة ما دام أن يد هذه الشركات هي يد عارضة^(٥) ولكن يجب أن يلاحظ بأنه لو حصل اعتداء بالقوة^(٦) من جانب الحكومة على هذه الشركات أصبحت هذه الاخيرة في حل من الاستعانة بأحدى دعاوى وضع اليد وهي دعاوى استرداد العقار لحيازة الخائن^(٧)

٦٧٩ — ٢) وفيما يتعلق بحق الانتفاع تجب مراعاة ما يأتي :

١. — في الدعاوى التي يرفعها صاحب حق الانتفاع لاجل الحصول على وضع يده على العقار محل الانتفاع : اذا أبى صاحب الرقبة تسليم صاحب حق الانتفاع المقارر المحملة بحق الانتفاع جاز لهذا الاخير حق رفع الدعوى العينية^(٨) المصبوغة بصيغة دعوى الملكية^(٩) والمقابلة لدعوى تثبيت الملكية^(١٠) . وتسمى

(١) voie administrative ١٠٧٢ ، ٤١٠ — س ١٠٧٢ ، ٢٢٥

(٢) concessionnaires (٣) possesseur proprement dit

(٤) د ١٠٨٩ ، ٦٧٠ — س ١٠٩٠ ، ٣٩٩٠ — النقض البلجيكي ٢٠٩٠٠ ،

٤٤٧٠ — كابلان س ٩٩٧ (٥) د ١٠٩٧ ، ٢٤٥٠ — س ١٠٩٧ ، ٤٤٧٠

(٦) violence ou voies de fait (٧) action en réintégration د ٧٨٠

(٨) action réelle د ٢٧٧ ، ١٠ — س ١٠٧٨ ، ٢١٦٠ — كابلان س ٩٩٧ (٩)

(١٠) de caractère pétitoire revendication

الدعوى هذه ^(١) اذا كانت خاصة بمنقولات أو عقارات ، أى بدعوى تثبيت حق الانتفاع على منقول أو عقار . وفوق ذلك فإنه يجوز لصاحب حق الانتفاع الاستعانة بالدعوى الشخصية لطلب تسليم العقار أو المنقول ^(٢) اذا كان حق الانتفاع مقررأ بعقد أو بوصية

وأما اذا كان محل حق الانتفاع سند دين أو أى حق معنى آخر فلا يجوز لصاحب حق الانتفاع الاستعانة بالدعوى العينية فى طلب محل الانتفاع بالذات . انما له مطالبة صاحب الرقبة بتسليمه المسندات المادية المثبتة للدين بالذات

٢ . — فى الدطاوى التى يرفعها صاحب حق الانتفاع أثناء الانتفاع عند حصول التعرض له : اذا تعرض الغير لصاحب حق الانتفاع أو تعرض له نفس صاحب الرقبة جاز له الاستعانة بدطاوى وضع اليد . نعم ولو أن يده يد صاحب الحيازة العرضية ^(٣) وملزم برد الشيء فى نهاية الانتفاع الا أنه يعتبر حتى وقت الرد صاحب اليد على الشيء باعتبارده صاحب حق الانتفاع . وله حق التمسك بوضع اليد قبل الناس كلفة بما فيهم صاحب الرقبة

هذا ولقد رأينا أن المادة ٦١٤ مدنى فرنسى ألزمت صاحب حق الانتفاع باخبار مالك الرقبة بكل شروع فى اعتداء وغصب يحصل له من الغير عن الشيء المحمل بحق الانتفاع . ذلك لان مالك الرقبة ولو أنه لا ينتفع انتفاعاً فعلياً بالشيء الا أنه يعتبر بمثابة صاحب اليد ، اذ يد المنتفع تعتبر يدأ نيابة عن يد مالك الرقبة . وعلى ذلك يجوز لهذا الاخير حق الاستعانة أيضاً بدطاوى وضع اليد . ويتأيد ذلك على الاخص اذا لاحظنا بأنه يشترط فى المدعى فى دعوى وضع اليد أن يثبت بأن يده ظلت على العقار مدة لا تقل عن سنة ، وربما استحال على المنتفع اقامة الدليل على هذا الشرط . لذلك كان من الواجب على المنتفع أن يخبر صاحب الرقبة بكل شروع فى الاعتداء على العقار محل الانتفاع حتى يأخذ عدته فى دفعه

(١) action confessoire d'usufruit

(٢) action personnelle en délivrance (٣) détenteur précaire

بدعوى وضع اليد، والا التزم المنتفع بالاضرار التي تنجم عن خطئه في عدم الاخبار في الوقت المناسب

هذا ويجب ملاحظة أن لصاحب حق الارتفاق الحق في الاستعانة بدعوى تثبيت حق الارتفاق^(١) قبل من يعتدى عليه أثناء الارتفاق ويدعى ضده حقاً يتعارض مع حقه المقرر له

(٣) في الدعوى الخاصة بحقوق الارتفاق: اذا قام نزاع بين مالكين بشأن حق ارتفاق انصرف هذا النزاع في الحقيقة وفي أغلب الاحيان اما الى دعوى وضع اليد واما الى دعوى الملكية

فاذا فرض وجاء بكر وفتح نافذة (شباكا) بداره على دار خالد المجاور له، فهل يجوز لهذا الاخير حق الاستعانة بدعوى وضع اليد قبل بكر ومنعه من التعرض له في ملكه؟ يجوز له ذلك ولا محالة. لان لخالد حق الدفاع عن وضع يده وهو الحق المقابل لحق الملكية. وليس حينئذ لبكر الادعاء بحق الارتفاق على خالد، أي حق فتح النافذة عليه. بل يجب عليه أولاً الاقلاع عن المضي في سبيل فتح النافذة، أي يجب سدها أولاً. ثم هو يرفع بعد ذلك ان شاء دعوى الملكية^(٢) وهي الدعوى المسماة عادة في هذه الحالة بالتسمية المعروفة قديماً وحديثاً بدعوى تثبيت حق الارتفاق^(٣)

واذا فرض بأن بكر أفتح نافذة على خالد وظن منتفعاً بها أكثر من سنة بطريقة سلبية ظاهرة ثم جاء خالد وتعرض له بأن قام بأعمال كان من شأنها سد النافذة على جاره جاز لبكر حينئذ الاستعانة بدعوى وضع اليد قبل خالد ومنعه من القيام بهذه الاعمال التي ترتب عليها سد النافذة. ذلك لان الاصل في دعوى وضع اليد كما رأينا أن تحمي وضع اليد في ذاته باعتباره حقاً، هو والحقوق العقارية الاخرى في مستوى واحد. وعلى ذلك يلزم خالد بالاقلاع عن التعرض. وله ان شاء أن

action pétitoire (٢) action confessoire (١)

action confessoire de servitude (٣)

يرفع دعوى الملكية وهي الدعوى التي تسمى في هذه الحالة بدعوى نفى حق الارتفاق^(١) وبها يعمل على إقامة الدليل بعدم وجود حق الارتفاق المقول به على عقاره ، وإن مضى السنة على النافذة وهي مفتوحة على عقاره إنما كان من طريق التجاوز والتسامح من قبله نحو جاره بكر

على أنه في مثل هذه الاحوال نلاحظ أن وضع اليد الذي يحميه القانون في حالة حق الارتفاق يجب أن يكون عن حق الارتفاق المستمر الظاهر . وأما إذا كان الارتفاق خفياً أو منقطعاً فلا تعتبر الاعمال القائمة بشأنه أعمالاً خاصة بوضع اليد الصحيح الذي يحميه القانون بل تعتبر كأنها أعمال نشأت عن التسامح والتساهل فيما بين الجيران بعضهم البعض . وهي على ذلك لا يصح أن تكون قابلة للتقادم كما يحصل في الاصل بشأن حق المرور^(٢)

على أن القضاء الفرنسي عند ما قرر عدم جواز تملك حق المرور بالتقادم قد لاحظ ما يأتي :

(١) انه لا يقضى به لمن يدعيه باعتباره حق ارتفاق مقرر على عقار الغير . إنما يقضى به للمدعي إذا ادعى هذا الأخير ملكيته لقطعة الأرض التي مر بها مدة التقادم المكتسب . وعلى ذلك إذا تعرض له المالك الحقيقي جاز لصاحب حق المرور الاستعانة بدعوى وضع اليد لا باعتبار حق المرور حق ارتفاق ، بل باعتباره حق ملكية منصب على قطعة الأرض التي يحصل فيها المرور . وكذلك الحال بشأن حق أخذ المياه من منبع للغير^(٣)

(٢) إذا استند مدعي حق الارتفاق على سند يبرر وضع يده أصبح من المستحيل القول مع وجود هذا السند بأن أعمال الاستغلال التي قام بها المدعي هي نتيجة تساهل وتسامح الجار . ولذا يجوز للمدعي في هذه الحالة الاستعانة

(٢) ٢٤٧٠١٠٩٨٥ د

action négatoire de servitude (١)

(٣) ٣٩٣٠١٠٩٤٥ د — س ٤٥٣٠١٠٩٨٥ د وقال بولسيه Poncelet —

بدعاوى وضع اليد . ذلك لأن السند يؤكد وضع اليد . وليس من الضروري أن يكون كامل الاثبات في ذاته عن الحق المدعى به بل يكفي أن تدل قرائنه المحيطة به على أن وضع اليد لم يكن في حقيقة حيازة عرضية ، بل هو وضع يد حاصل بمقتضى سند^(١)

(٣) إذا كان حق الارتفاق المتقطع أو الخفي حقاً قانونياً أى قرره القانون نفسه كحق المرور في حالة عدم وجود منفذ للطريق العام^(٢) ، جاز لصاحب حق المرور أن يستعين بدعاوى وضع اليد في حماية يده على شرط أن يقيم الدليل على حالة عدم وجود منفذ لعقاره الى الطريق العام وهو الشرط اللازم لتملك حق المرور على أرض الجار الملاصق للطريق العام^(٣) وحالة المدعى في هذه الحالة كحالة المدعى في الحالة السابقة التي يستند فيها الى سند مؤيد لحقه . وهذا السند المؤيد في حالتنا هذه إنما هو القانون ذاته^(٤)

(٤) أنواع دعاوى وضع اليد

٦٧٦ — دعاوى وضع اليد على ثلاثة أنواع : دعوى منع التعرض^(٥) رد الحيازة^(٦) ودعوى إيقاف الاعمال الجديدة^(٧) . ويصر رجال الفقه على القول بأنه لا يوجد في الحقيقة الا دعوى وضع يد واحدة بشروط واحدة برغم هذه التسمية الثلاثية . وهم يرجعون في ذلك الى ما كان معروفاً عنها اذ كانت دعاوى وضع اليد في القرن الرابع عشر واحدة^(٨) ولم يقل بهذه الانواع الثلاثة لا قانون المرافعات ولا القانون المدني الفرنسي ولا القانون المصري مختلطاً كان أو أهلياً (المادة ٢٩/٢٦ مرافعات) إنما قال بها القانون الفرنسي الصادر في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ والقانون

(١) د ١٠٩١١٠٦٣٠ — س ١٠٩١١٠٩٦٠ (٢) en cas d'enclave

(٣) د ١٠٩٧٠٠٢٨٨ — س ١٠٩٧٠٠١٣٥ (٤) كاتان من ١٠٠٠

(٥) réinté grande

(٦) dénonciation de nouvel œuvre

(٨) انظر جارسوني مع سيزابرو الطبعة الثانية ج ١ ن ٣٤٩ من ٥٨٤

الفرنسي الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٠٥ . ويرى بعض رجال الفقه الحاضر ضرورة لاخذ بهذه الانواع المختلفة الدعوى وضع اليد وعلى الاخص فيما يتعلق بدعوى منع التعرض ودعوى رد الحيازة وذلك نظراً للشروط المختلفة التي قررها القضاء لصحة كل دعوى على حدة من دعاوى وضع اليد . وأما عن دعوى منع الاعمال الجديدة فهي في الغالب لا تخرج عن كونها صورة لدعوى منع التعرض ^(١)

٦٧٧ - دعوى منع التعرضه وشروطها : هي الدعوى الاصلية الحقيقية لحماية وضع اليد . وهي التي يستعين بها صاحبها في درء التعرض الحاصل له من قبل الغير . ولا يراد هنا بالتعرض الاعتداء بالقوة ^(٢) أو دخول الغير في أرض واطع اليد بلا اذن من هذا الاخير اما لقطع الاشجار أو لاختد الاشجار أو لكسر الزجاج أو لغير ذلك ، وهو ذلك التعرض الذي يبيح لواضع اليد أو الحائز حق مطالبة خصمه بتعويض الضرر . انما يراد بالتعرض هنا ذلك التعرض الذي يحصل من قبل الغير ويدعى به هذا الاخير حقاً قانونياً على العقار ^(٣) أي يدعى أنه صاحب اليد قبل خصمه الآخر . ويعرف ابري ورو ^(٤) هذا التعرض بما يأتي : « يراد بالتعرض كل فعل مادي ^(٥) أو كل عمل قانوني ^(٦) يكون في ذاته أو ينصرف الى الادعاء بمعدى يخالف وضع يد الغير سواء كان الفعل أو العمل مباشراً وبمنفسه أو بالواسطة وبالنتيجة » وعلى ذلك يعتبر أن هناك تعرضاً مادياً ^(٧) اذا جاء الجار وفتح نافذة (شباكاً) على جاره . وتعرضاً قانونياً ^(٨) اذا جاءت الحكومة أو المديرية وادعت أن طبقاً خاصاً يدخل ضمن الاملاك العامة ^(٩) . وسواء كان التعرض مادياً أو قانونياً فان وقوعه يميز لواضع اليد حق الاستعانة بدعاوى وضع اليد في دفعه ودرئه ، على شرط أن يكون هذا التعرض منصرفاً الى الادعاء بمعدى

(١) كتابتن ص ١٠٠١ (٢) agression (٣) prétention juridique

(٤) ج ٢ ن ١٨٧ ص ٢٣١ الطبعة الخامسة (٥) fait matériel

(٦) acte juridique (٧) trouble de fait (٨) trouble de droit (٩)

(٩) د ١٠٩٠ ١٠٤٤٢٠ - س ١٠٩١ ١٢٥٠

يتعارض مع وضع اليد الحاضر^(١)

دعوى منع التعرض: يلزم في دعوى منع التعرض توافر الشروط الآتية:
أولاً. — يجب على المدعى فيها أن يكون واضح اليد وأن لا يكون وضع يده مشوباً بمبيب ما (المادة ٢٦/٢٩ مرافعات و٢٣ فرنسى) أى يجب أن يكون بوجه الاجمال متصفاً بالصفات المنوه عنها بالمادة ٢٦/١٠٢ مدنى و٢٢٢٩ فرنسى. أن يكون معتزلاً هادئاً سلمياً علنياً غير مبهم وأن لا يكون على سبيل الحيازة ثانياً. — يجب أن يكون قد مضى على وضع اليد هذا سنة على الأقل .
وقد لاحظنا في النظرية العامة لوضع اليد أن المادة ٢٦ فقرة ٣ مرافعات أهلى قررت ضرورة رفع دعوى منع التعرض عن التعرض الحاصل فى أثناء سنة وضع اليد . وللاحظنا أن المادة ٢٩ فقرة ٤ مرافعات تختلط أنها قررت كما قررت المادة ٧ مرافعات فرنسى بأن دعوى منع التعرض تكون مقبولة الا اذا مضت مدة على وضع يد المدعى فيها تزيد عن سنة واستنتجنا من المادتين المصريتين الاهلى والمختلط بان فرض الشارع الاهلى ينصرف الى ما قرره الشارع المختلط ومن قبله الشارع الفرنسى . وعلى ذلك يجب فى واضح اليد أن يكون قد مضت عليه أكثر من سنة حتى تقبل دعواه أمام القضاء الاهلى أيضا . والفرض الذى یرى اليه الشارع من هذا القيد أنه لا یرغب فى حماية وضع اليد دون السنة الكاملة . وعلى العكس من ذلك فى حالة التقادم المكسب فان واضح البد يبدأ بتملكه بالتقادم بمجرد وضع يده على العقار

ثالثاً — يجب على واضح اليد أن يرفع دعوى منع التعرض فى ظرف السنة الاولى التى حصل فيها التعرض (المادة ٢٦/٢٩ مرافعات و٧ فرنسى والحالة الثانية من قانون ١٢ يويو سنة ٩٠٥ الفرنسى) وذلك لانه اذا تحمل واضح اليد تعرض الغير له مدة سنة دون أن يحرك ساكناً فى مقاضاته أمام القضاء ، دل ذلك على أن ثقته بحقه ثقة مضطربة . وعلى ذلك لا محل وقتئذ لحماية يده

وبما مر يتبين بأن هناك طائفتين هامتين من واضعى اليد لا يحميهما القانون بدعوى منع التعرض : طائفة الاشخاص الذين لم تمض على يدём سنة كاملة . وطائفة الحائزين باسم الغير ^(١)

٦٧٨ - دعوى ايقاف الاعمال : ولا بد من الشروط المتقدمة فى دعوى منع التعرض أن تتوافر أيضاً فى دعوى ايقاف الاعمال الجديدة . ذلك لان هذه الدعوى الاخيرة وهى كما قلنا صورة من دعوى منع التعرض انما ترمى الى تعرض محتمل وقوعه ^(٢) من جراء الاعمال التى يجريها الاكن الجار المتعرض . ويراد بهذه الدعوى ايقاف انمام هذه الاعمال حتى لا يتحقق التعرض المحتمل . فاذا تقرر لزيد حق ارتفاق بأحداث نافذة (شباك) على عقار جاره خالد وجاء هذا الأخير وأخذ يبنى حائطاً بما يحتمل أن تسر النافذة اذا تم البناء ، جاز وقتئذ لزيد أن يطلب الى القضاء ايقاف الاعمال التى ابتدأ خالد فى اجرائها ^(٣)

٦٧٩ - فى دعوى رد الحيازة : انما شرعت دعوى رد الحيازة جزءاً لصنوف التعرض الناشئة عن أعمال الاكراه ^(١) والتى كان من شأنها هدم وضع اليد ورفع اليد عن العقار . ولما كانت هذه الاعمال العدائية من الشدة الخاصة بمكان رأى الشارع أن يقرر لحماية واضع اليد ازاءها دعوى رد الحيازة بحيث يستطيع صاحب اليد رد عقاره الى حيازته بشروط أوسع من شروط دعوى منع التعرض ودعوى ايقاف الاعمال او أقل كلفة ودقة منهما

وهنا عمل القضاء الفرنسى على تقرير قواعد هذه الدعوى بطريقة يحمدها عليها . وان كان الفقه الفرنسى يقرر بأن دعوى رد الحيازة لم تخرج عن كونها صورة لدعوى منع التعرض ، الا أن هذا القضاء الفرنسى اعتبر دعوى رد الحيازة دعوى مستقلة فى ذاتها باركان خاصة بها . وأباحها القضاء لسكل حائز ^(٢) لعقار

(١) détenteurs précaires (٢) trouble éventuel

(٣) كتابان من ١٠٠٢ (٤) actes de violence (٥) détenteur

حتى ولو كانت حيازته نياية عن الغير ^(١) كالمستأجر للبيت أو المستأجر للأرض الزراعية ^(٢)

وفوق ذلك فإنه لا يشترط في دعوى رد الحيازة أن تكون قد مضت على يد الحائز سنة كما في حالة دعوى منع التعرض ، كما لا يشترط أن تكون اليد مستمرة ^(٣) وكل ما يشترط في هذه الدعوى لا يخرج عن شرط الحيازة السلمية والعينية . ويرجع ذلك كله الى أن الشارع لا يرغب في حماية من ينتصب العقار بالاكراه من يد الحائز له ولا في حماية من يعمل على التعمية على الغير وفي اخفاء بده عن أعين أصحاب المصلحة في المقار

وبناء على هذه القاعدة رأى القضاء الفرنسي بحق ضرورة حماية الشركات أو الأشخاص أصحاب الامتياز في المنافع العامة ^(٤) وأباح لهم كما رأينا حق الاستعانة بدعوى رد الحيازة ضد الادارة نفسها ^(٥) اذا عملت هذه الاخيرة على نزع المقارات من الشركات بالقوة ^(٦)

٦٨٠ — ولقد اشتدت وطأة أهل النقد على قضاء المحاكم الفرنسية هذا . على أن القضاء الفرنسي يستند في تقرير مبدئه الى مناقشة النصوص القانونية بما جعله يستنتج في النهاية بأن دعوى رد الحيازة دعوى مستقلة عن بقية دواوى وضع اليد . ورجع على الاخص الى اعتبارات اجتماعية قاطمة . اذ قرر « بأنه يجب حماية وضع اليد ، حتى ولو كان ناقصاً ، ضد أى اعتداء . ذلك لأن القانون يقضى قبل

(١) titre précaire (٢) د ٩٠٤٠١ . ٤٧٠١ . — س ٩٠٥٠١ . ٩٣٠١

(٣) د ١٠٧٨٠١ . ٦٨٠ — س ٧٦٠١ . ٢٦٦٠ concessionnaire (٤)

(٥) Administration du domaine public (٦) vive force كما بين

ص ١٠٠٢ . — انظر فيما يتلى بحق الملك برنسا في رفع الدعوى بسبب قرار التنظيم الصادر من المجلس البلدى arrêt municipal d'alignement د ٩٨٠٠١ . ٣٤٥٠ ومقال جينيه Guénée اما في مصر فلا يجوز طبقا للمادة ٢٥ / ١١ من لائحة انشاء المحاكم الاملية والمختطة رفع هذه الدعوى في حالة صدور قرار التنظيم ما دام أن هذا القرار يعتبر عملا من اعمال الادارة acte d'administration لا يجوز ايقاؤه ، بل يجوز فقط المطالبة بتوسيع عنه

كل شيء بتقرير جزاءات للاعتداءات^(١). أما الفقه الفرنسي فإنه لم يبدأ من توجيه أوجه النقد العديدة الى مذهب القضاء الفرنسي . وكان أكبر حجة التقه في نقد القضاء أن هذا الأخير قرر مبدأ خالف به التواتر والرأى القديم المأخوذ به من زمن طويل . على أن القضاء الفرنسي الحاضر لم يندوحة في تقرير مذهبه المصرى الا لأنه لاحظ أن مقال به التواتر والاجماع من زمن كان غلاماً وبعيداً عن روح العدالة في عدم حماية الحائزين لمقاربات الغير الذين لا يملكون لا تقسمهم بل لغيرهم^(٢) . لذا عمل القضاء على معالجة هذا المبدأ التشريعى القديم وتهذيبه وجعله بحيث يتفق والعدالة ويرتفع عن منازل الحيف ومواطن الظلم ، وأخذ فيه بالروح المصرى الحاضر وما قرره بعض القوانين الحديثة . هذا ولاشك في أن القضاء الفرنسي لم ينتهج هذا المنهج الجديد في قضائه من حماية اليد مهما كان كيانه الا وهو مدفوع بما أملت عليه شؤون الحياة الجديدة وما تدعو اليه ضرورة الأخذ بالعدالة . نعم لقد كان الفقه الفرنسي على حق عند ما قرر بأنه لا محل للأخذ بدعوى رد الحيابة في الدعاوى التى تتوافر فيها شروط دعوى منع التعرض . اذ قال بحق « بأن الاسباب التى استند اليها فى اعفاء المدعى فى دعوى رد الحيابة من شرط وضع اليد سنة ومن شرط نية التملك عند صاحب اليد يمكن الاستناد اليها أيضاً فى دعوى منع التعرض . ذلك لان التعرض فى ذاته أمر مخالف للنظام العام لا يختلف عن نزع اليد عن صاحب اليد »^(٣) ولكن القضاء الفرنسى لم يشأ أن يذهب بعيداً حتى لا يتعارض مع النص الصريح للمادة ٢٣ مرافعات فرنسى (المقابلة للسادة ٢٦ فقرة ٣/٢٩ فقرة ٤ مرافعات مصرى) التى لم تبح تقرير دعاوى وضع اليد الا لمن مضت عليه سنة على الأقل وكانت

(١) *spoliatus ante omnia restituendus* كابتان من ١٠٠٣(٢) *animus domini* (٣) جارسوني مع سيزادرو ج ١١ ن ٣٦٨ من ١٦٢

الطبعة الثانية

يذه هو أو يد خلفائه يندأ هادئة ولم تكن باسم الغير وعلى حساب الغير ^(١) لذا عمل القضاء الفرنسي ، حتى بقلت من مضايقة النص الصريح أمامه ، على أن يتلخص أسبابا بعيدة عن عبارات النص حتى اضطر الى أن يقرر بأن دعوى رد الحيازة دعوى مستقلة عن بقية دعاوى وضع اليد وانها ان سميت بدعوى وضع اليد فليس ذلك الا من قبيل التوسع في التعبير ^(٢) . هذا ويقول ابرى ورو ^(٣) بانه « وان لوحظ في دعوى رد الحيازة حماية اليد القائمة وقايمينها على المقار ، انما يلاحظ فيها على الاكثر ضرورة اصلاح ما أحدثه الفعل غير المشروع وهو غصب المعتدى لليد القائمة من طريق الاعتداء بالقوة » ولهذا الاعتبار يمكن اعتبار دعوى رد الحيازة خارجة عن حيز دعاوى وضع اليد الحقيقية . ولقد ذهب بعضهم الى القول بأن تنى عنها صفة الدعوى العينية وقرر بأنها دعوى شخصية يراد بها اصلاح الضرر الذى وقع من طريق الاعتداء بالقوة . ولكن القضاء الفرنسى لم يفتأ أن يذهب فى طريق تقرير مذهبه هذا ، المذهب الواسع الاخير ، بل قرر بأن دعوى رد الحيازة ربما كانت هى دعوى وضع اليد الحقيقية الصريحة ^(٤)

في اثبات الملكية

بوجه خاص والحقوق العينية بوجه عام

(١) كلمات عامة

٦٨١ — ان الحاجة ماسة الى ضرورة التعرف على أحكام اثبات الملكية والحقوق العينية ، ليس فقط فى حالة دعوى تثبيت الملكية بل فى أى دعوى أخرى يكون فيها المالك فى حاجة الى اثبات ملكه كما اذا طالب الحكم له بتعويض مثلا نظير الاضرار التى أصابت ملكه

(١) à titre non grécaire (يلاحظ أن عبارة وضع اليد باسم الغير لم ترد بالنص المصرى الاهلى والمخطوط) (٢) latissimo sensu (٣) ج ٢ ص ٢٤٩ (٤) كابلان ص ١٠٠٣

وبما يحصل التساؤل فيه ما اذا كانت الاحكام العامة للاثبات المقررة بالمواد ٢١٤/٢٧٨ مدني وما بعدها و١٣١٥ فرنسي وما بعدها تسري هنا أيضاً أم لا. ويظهر أن رأي القضاء ينصرف الى عدم الاخذ بها. وليس السبب في ذلك كما يتبادر الى الذهن هو أن هذه المواد انما وردت بباب خاص بالالتزامات تحت عنوان « في اثبات الديون واثبات التخلص منها » لان الحقيقة أن الاحكام المقررة بهذه المواد تنصرف في آن واحد الى اثبات العقود والافعال القانونية^(١) بوجه عام. وعلى ذلك يمكن القول بأن أدلة الاثبات التي يستعان بها في كل حالة من الاحوال يجب أن يرجع فيها الى المصدر القانوني الذي تولد عنه حق الملكية المتنازع بشأنه. فاذا قيل بأن حق الملكية مستفاد من عملية قانونية^(٢) كالبيع والبدل والقسمة والهبة وجب في هذه الحالة على المدعي في الاصل أن يقدم عقداً كتابياً خاضعاً لاحكام المادة ٢١٥/٢٧٩ مدني وما بعدها و١٣٤١ فرنسي وما بعدها فيما يتعلق بنصاب الاثبات بالكتابة والشهادة والقرينة

وأما اذا قيل بأن الملكية مستفادة من مجرد فعل^(٣) كوضع اليد الطويل جازت الاستعانة في هذه الحالة بجميع أدلة الاثبات الممكنة بما فيها القرائن البسيطة وشهادة الشهود (المادة ٢١٥/٢٨٠ مدني و١٣٤٨ فرنسي) وذلك أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ٢١٥ المذكورة في أنه يجوز الاثبات بجميع أوجه الادلة اذا استحال على المدعي الحصول على سند بمحقه

على أن الحقيقة في ذلك كله ترجع الى القول بأنه اذا حصل الادعاء بحق الملكية استناداً الى عملية قانونية وجب على ما يظهر عدم الاخذ بالقواعد المستفادة من الاحكام العامة. وستبين حالاً حكمة ذلك. وسيبين لنا من اسقراء قضاء المحاكم في اثبات الملكية ان القضاء اختط مذهباً خاصاً بذلك ليس من السهل ربطه بالقانون المدني والبحث

على أنه يجب في جميع الأحوال الأخذ بالحكم العام المقرر بالمادة ٢١٤/٢٧٨ مدني و ١٣١٥ فرنسي . وترى هذه المادة الى القول بأن عبء الاثبات على طاق من يدعى حالة تخالف الحالة الواقعة . وعلى ذلك لا يلزم واضع اليد الحاضر المطالب برد العقار لمدعيه أن يثبت شيئاً ما . وما عليه الا أن يتربص الاثبات من جانب خصمه فيعمل هو من جانبه على تقيده . أي أنه لا يعمل في دائرة التقاضي الا بقدر ما يدلي به خصمه من الادلة . اذ الحالة الواقعة في جانبه . ولذا يعمل القانون على حمايته فيما لو تعرض ليدع على العقار متعرض فيبيح له منع التعرض ورد العقار لحيازته اذا اغتصبه منه غاصب . ولكن لا تدوم يده طويلا فيما اذا ادعى المتعرض الملكية ورفع دعوى باثباتها . وكل ما لواضع اليد انما هو التزام السكوت وترك عبء الاثبات على خصمه

(٢) في اثبات ملكية المنقول

٦٨٢ — لا صعوبة هنا من الوجهة النظرية والعملية في تقرير قاعدة الاثبات في ملكية المنقول . لان القاعدة للمقرر بالمادة ٦٠٧/٧٣٣ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي في « أن حيازة المنقول سند تملكه » تحول دون خاق أي صعوبة ما . وحسن النية مفروض وجوده لدى حائز المنقول حتى يقوم الدليل العكسي (المادة ٧٠٨ . ٧٣٤ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي) . ويجب على من يدعى ملكيته لمنقول في حيازة الغير أن يقيم الدليل على سوء نية الحائز أو أن شروط صحة الحيازة المملوكة لم تكن متوافرة . فاذا أقام الدليل على ذلك فلا يبقى عليه الا أن يثبت بأنه هو الذي كان حائزاً للمنقول قبل حيازة خصمه له . وفي اقامته الدليل لحيازته للمنقول قبل حيازة خصمه دليل معنى الزامه باقامة الادلة على ملكيته للمنقول ، ما دام أن مجرد وضع اليد على المنقول امارة على تملكه ، وحسن النية مفترض في الحائز . أي ان الحيازة تعتبر في مقابل سند التملك ^(١)

هذا ويتلاحظ أن لمدعى الملكية في المنقول الموجود في حيازة الغير الحق في استرداده على شرط دفع الثمن الذي اشتراه به الحائز من سوق عام أو من تاجر يتاجر في هذا الصنف ، وذلك في مدة ثلاث سنوات (المواد ٨٦ / ١١٥ مدني و ٨٧ / ١١٦ مدني و ٢٢٨٠ فرنسي و ٤٦ / ٦٩ مدني) وربما يكون للحائز هنا حق الحبس حتى يتقاضى الثمن

(٣) في اثبات الملكية العقارية

٦٨٣ - في اثبات الملكية العقارية صعوبات نظرية وعملية قد لا يسهل رفعها . وعلى من يدعى الملكية اثباتها ، أى اثبات المصدر الذي استقى منه حق الملكية . وفي غير حالة الاستيلاء^(١) لا يخرج المدعى عن واحد من فرضين :
اما أن المالك قد تلقى حقه من القانون نفسه بناء على ما ينص به القانون عند توافر ظروف خاصة ، كحالة وضع اليد المستمر . اذ ينص القانون نفسه في هذه الحالة على جواز تملك واضع اليد للمقار الموجود تحت يده . واما أن يدعى المالك أن له حقاً مستفاداً من عقد ارادى ، كالبيع والهبة والبدل وغير ذلك ، وأن هذا العقد هو الذي ملكه

فاذا استطاع مدعى الملكية في حالة وضع اليد اثبات يده بنفسه وبواسطة مملكه من قبل المدة القانونية ، وله الاستعانة في هذا الالبيات بجميع أوجه الالبيات الممكنة طبقاً للقاعدة العامة المستفادة من المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدني و ١٣٤٨ فرنسي ، فلا محل هنا لأى اشكال ما . اذ لا يلزم وقتئذ بتقديم سند يدل على تملكه وذلك لأن اثبات حقه حجة على الكافة . وهنا تتجلى الفائدة الاولى للتملك بالتقادم وهى الفائدة التى أشرنا اليها فى مكانها . على أنه يلاحظ فى هذه الحالة أن العمل دل بأن ليس اثبات وضع اليد الموصل للتملك بالتقادم من السهولة الى هذا الحد . فاذا ادعى المدعى الملكية واستند الى عقد مضى

عليه أكثر من ١٥ سنة سهل الأمر لديه . ولكن اذا لم يستند الى عقد مملك فانه يصعب عليه وقتئذ اثبات وضع يده المدة الطويلة المكسبة سواء كان وضع اليد بنفسه أو بواسطة مملكه من قبل . على أنه اذا فرض وأقام الدليل على وضع يده المدة الطويلة المكسبة فان خصمه لا يعدم في الغالب وسيلة يستعين بها في اثبات أمر من شأنه إيقاف التقدم على مدعى الملكية وفي مصالحة المدعى عليه أو في مصلحة أحد المملكين لهذا المدعى عليه . وما دام قد استحال في هذه الحالة على مدعى الملكية إقامة الدليل على التملك بالتقدم بواسطة وضع اليد الطويل بلا قطع ولا إيقاف ، فانه يصبح في حاجة هذه المرة الى اثبات ملكيته بالعقود والاوراق المملكة . ولكن اذا التجأ لهذه الطريقة اعترضته صعوبتان من المستحيل حلهما من الوجهة النظرية على الأقل :

أولاً — اذا فرض وقدم مدعى الملكية عقد البيع أو عقد الهبة المملك له فان ذلك لا يكفي في اثبات ملكيته . لان هذا العقد لا يعتبر في ذاته مملكا الا اذا كان صادراً من مملك كان هو المالك الحقيقي . وعلى ذلك يجب على مدعى الملكية اثبات ملكية مملكه للعقار المتنازع فيه ، أى تقديم عقد البيع أو عقد الهبة الذى تملك به مملكه ، وهكذا بشأن المملكين السابقين . وفي هذا ما فيه من الصعوبة ما لا يحصى

ثانياً — وهنا المظورة تشتد أكثر فأكثر . فاذا جاء بكر وادعى الملكية ضد خالد واضع اليد على العقار وقدم بكر العقد المملك له والصادره عن ابراهيم فهل ينفذ هذا العقد على خالد ؟ اذا رجع الى القواعد العامة المقررة في العقود جاز لخالد أن يدفع دعوى بكر بانه لا يطمئن في هذا العقد ، انما يقول بأنه لا يصح أن يكون حجة عليه ، لانه صدر بين بكر و ابراهيم ولم يكن بكر طرفاً فيه ، وعلى ذلك فالعقد حجة على بكر و ابراهيم ، دون خالد ، أخذاً بالقاعدة العامة في حصر أثر العقد بين الماقدين ^(١) أى أن العقد لا يضر بخالد مطلقاً . ولبكر حق

الاحتجاج بالمقد على ابراهيم ، ولكن ليس له حق الاحتجاج به على خاله وهذه الطريقة في الدفاع بين المتنازعين في عقار واحد انما ترجع الى القاعدة العامة المقررة في نقل الملكية بين المتعاقدين بحكم المقد واردة العاقدين فيه دون تدخل السلطة العامة في تقرير نقلها ^(١) في حالة الاخذ بالسجلات العقارية على أن القضاء (الفرنسي) لم يجد صعوبة في معالجة هذه القاعدة المتقدمة ولم يشأ الاخذ بها بل قرر بوجه عام بأن عقود نقل الحقوق العينية نافذة على الكافة ، أي حجة على جميع الناس ^(٢) وحجته في ذلك بأنه ما دام الحق العيني مطلقاً وحجة على الكافة فيجب أن يكون العقد المثبت له كذلك حجة على جميع الناس ^(٣)

ولكن رجال الفقه الحاضر يلاحظون على هذا القضاء ^(٤) بأن هذا المذهب قد خلط بين الحق المنتقل ^(٥) والمقد الناقل ^(٦) . ذلك لانه وان كان حق الملكية نافذاً بحق على الكافة ولكن يجب قبل كل شيء ان يوجد هذا الحق أولاً حتى يكون نافذاً . فاذا استنفيد وجود هذا الحق من عقد غير نافذ على واضع اليد الحاضر، فان هذا الحق لا يعتبر موجوداً ازاء هذا الاخير . وعلى ذلك يرى رجال الفقه ضرورة الاستعانة بوسائل أخرى لحل هذه المشكلة

٤) في نقل الملكية من الوجهة التاريخية

في نقل الملكية الرومانية

٦٨٤ — لعبت نظرية نقل الملكية عند الرومان ^(٧) دوراً نزي من اللازم ايجاز القول فيها هنا نظراً لرابطة الاتصال بينها وبين النظرية الحاضرة في نقل الحقوق العقارية

(١) investiture publique (٢) ١٠٦٤، ١٠٦٢، ١٠٦٠ — ١٠٠٠ د
 ٢٥٠٠، ١ (٣) erga omnes (٤) كابلان من ١٠٠٧
 (٥) droit transmis (٦) acte translatif (٧) la publicienne

كان يحصل نقل الملكية الرومانية البحث ^(١) عند الرومان في العهد القديم للقانون الروماني بأحدى الطريقتين الآتيتين . طريقة نقل ملكية الاشياء النقدية ^(٢) وطريقة نقل الملكية بواسطة التقاضي والتنازل عنها في حضرة القضاء ^(٣) وإذا حصل تباع بسيط وكان مصحوباً بمناولة المبيع يبدأ بيد ^(٤) أصبح هذا المبيع بمجرد المناولة اليدوية جزءاً من ممتلكات المشتري ^(٥) ولا يترتب على هذه المناولة اليدوية أن يكتسب المشتري الملكية بالمعنى الصحيح ، أي يصبح مالكا للمبيع . إنما يصبح هذا المشتري في حل من أن يدفع دعوى البائع الموجهة قبله من هذا الأخير بالدفع المسمى « بدفع الشيء المبيع والمستلم بالمناولة اليدوية » ^(٦) وأما قبل الغير فإن المشتري كان يستعين بالوسائل المقررة في حماية واضعي اليد ^(٧) ولكن ما القول فيما إذا ارتفعت يده عن الشيء قبل الاستماتة بوسائل حماية وضع اليد وقبل أن يملك بالتقادم ؟ من المقرر أنه ما كان يستطيع الاستماتة بدعوى تثبيت الملكية واسترداد الشيء ^(٨) إذ كانت هذه الدعوى وقفاً على المالك الحقيقي ^(٩) دون غيره . لذا تدخل القاضي الروماني البريتور ^(١٠) المسمى بوبليسوس ^(١١) وقرر له دعوى رومانية خاصة ^(١٢) ومميت باسمه ^(١٣) وكانت تسمى أيضاً بالبوبليسيين ^(١٤) وهي من الدعاوى الصورية ^(١٥) . وكان القاضي ^(١٦) عند ما يحرر صحيفة النزاع بين المتنازعين ^(١٧) يفترض من طريق المجاز والصورية ^(١٨) أن المدعي قد تملك الشيء بالتقادم ^(١٩) على أن هذه الدعوى كانت خاضعة لشروط ضرورية لا بد من توافرها في شخص المدعي ، وهي شرط السبب الصحيح وشرط حسن النية الخاص بالتقادم وهو شرط مضي المدة القانونية فإن القاضي المحضر للدعوى كان يفترض توافرها وجودها أي كان يفترض أن المدعي قد ملك بالتقادم

- in jure cessio (٣) mancipatio (٢) propriété quiritaire (١)
 rei venditæ et traditæ (٦) in bonis (٥) tradition (٤)
 dominus (٦) revendication (٨) interdits possessoires (٧)
 action prétorienne (١٢) Publicius (١١) Préteur (١٠)
 action (١٥) vendicatio utilis (١٤) la publicienne (١٣)
 usucapion (١٩) feint (١٨) formule (١٧) préteur (١٦) fictice

ولما تقادم العهد على الاخذ بنظرية الملكية الرومانية الصورية هذه أخذت هي الاخرى ككل نظرية من النظريات الاجتماعية تدخل في أدوار جديدة حتى أصبحت في ثوبها الجديد قريبة من دعوى تثبيت الملكية المقررة في العصور الحاضرة . ولم يحصل ذلك الا بعد زوال التفرقة القديمة التي كانت معروفة عند الرومان بين الملكية الرومانية البحت^(١) ومجرد اعتبار الشيء في ملك الحائز له^(٢) . ويرجع ذلك الى شيوع انتقال الملكية بواسطة المناولة اليدوية^(٣) اذ أصبحت الوسيلة العادية العامة لاكتساب الحقوق العينية . ولكن لا تحدث وسيلة المناولة اليدوية أثرها في نقل الحقوق العينية الا على شرط أن يكون الشخص الصادر منه التسليم هو المالك الحقيقي^(٤) وفيما عدا الحالة الخاصة بانتقال الملكية عن شيء مملوك لخزينة الحكومة^(٥) . كان من الواجب على المشتري الذي يريد اثبات ملكيته أن يقيم الدليل على ملكية المالك له^(٦) . وهنا شعر الرومان بما شعر به المصريون في الوقت الحاضر من صعوبة اثبات ذلك . لذا عمل الرومان على معالجة هذه المشكلة بأحدى الصور التطبيقية لدعوى الملكية الصورية^(٧) وذلك بالرجوع اما الى توسيع دائرة العمل بالمنشور الذي أصدره القاضي^(٨) الروماني المذكور^(٩) أو الاخذ بمنشور جديد خلاف هذا المنشور . وبناء على ذلك كان يفترض المشتري الذي استلم الشيء من المناول له^(١٠) انه قد أصبح مالكا بالتقادم ، وذلك اذا استحال على هذا المشتري اثبات ملكية المالك له^(١١) . اذا علم ذلك استطاع المشتري وقتئذ طلب تثبيت الملكية ورد الشيء اليه فيما اذا غصبه منه فاصب

٨٦٥ — على أنه قد لوحظ على ذلك حالتان من الدقة والحيرة بمكان :

tradition (٣)	propriété bonitaire (٢)	propriété quiritaire (١)
dominium auctoris (٦)	Fisc (٥)	verus dominus (٤)
Edit de Publicius (٩)	Priblicius (٨)	publicienne (٧)
	dominium (١١)	tradens (١٠)

الحالة الاولى : يحصل أن يكون المدعى عليه في دعوى تثبيت الملكية هو نفس المالك الحقيقي للشيء^(١) . وفي هذه الحالة تتمطل دعوى تثبيت الملكية بالدفع الخاص بالمالك الحقيقي^(٢)

الحالة الثانية : يحصل أن يكون المدعى عليه سائراً في طريق التملك بالتقادم^(٣) أى أن يكون هو الآخر في حل من الاستماعة بدعوى الملكية الصورية^(٤) . وفي هذه الحالة ما هو المبرر في تفضيل الواحد على الآخر ؟ وهنا شعر الرومان بأنهم أمام اشكال حاصل بين اثنين من واضعى اليد . ولقد توصلوا الى حله بطريقة مقارنة اليمين^(٥) اليد السابقة واليد الحاضرة

وتكون الافضلية للدعى اذا تبين بأن وضع يده أفضل^(٦) من وضع يد المدعى عليه وأن يده تؤيد من طريق الاحتمال حقه . ويقع ذلك اذا أثبت وجود سبب صحيح وحسن نية في الوقت الذى يستحيل فيه على المدعى اقامة الدليل على هذين الشرطين . أو كان كل من المتخاصمين قد تملك عن مالك واحد وأثبت المدعى أن وضع يده أقدم من وضع يد خصمه . وأما اذا تملك المتخاصمان من مالكين مختلفين فيظهر أنه لو استطاع المدعى عليه اثبات وجود سبب صحيح وحسن نية لكان في حل وقتئذ من دفع دعوى المدعى قبله بدعوى الملكية الصورية^(٧) ، أى يدفع دعوى تثبيت الملكية بدفع الملكية الصورية . وعلى ذلك يظل واضعاً يده على الشيء المتنازع عليه

هذا ومن المحتمل كثيراً أن دعوى الملكية الصورية في العهد الاخير للقانون الرومانى ، ان لم تكن قد امتزجت كل الامتزاج مع دعوى تثبيت الملكية الصحيحة^(٨) كما يدعيه البعض ، فانها قد قضت على هذه الدعوى الاخيرة

causa usucapiendi (٣) justus domini (٢) verus dominus (١)

en comparantes possessions (٥) fiction publicienne (٢)

exception publicienne (٧) possession meilleure (٦)

reventication (٨)

وأصبحت هي المعمول بها دون الأخرى . وذلك يرجع الى مبلغ ما عرفت به هذه الدعوى دعوى الملكية الصورية من سهولة التقاضى ومن اغناء المدعى فى كثير من الاحوال من عبء اثبات الملكية وهو عبء ثقيل كما هو معروف فى كل عصر^(١) هذا وقد استعان الفرنسيون فى عهد قانونهم القديم بدعوى الملكية الصورية وسماها علماء ذلك الوقت بالدعوى العينية النافعة^(٢) وهذه الدعوى هى بخلاف الدعوى المسماة لدعوى العينية المباشرة^(٣) وهى الدعوى الخاصة بالحالة المعكبة للحالة السابقة ، أى خاصة بحالة ما اذا استطاع اثبات ملكية مملكه^(٤)

٥ (القضاء الحاضر

فى دعوى تثبيت الملكية

٦٨٦ — على كثرة الآراء التى قرررها القضاء فى هذا الشأن يمكن مع ذلك تلخيصها فى الاحوال الثلاثة الآتية :

٦٨٧ — الحالة الاولى : اذا فرض وكان بكر واضعاً يده على عقار بلا عقد تحت يده . ثم جاء خالد وادعى ملكيته للعقار دون أن يكون بيده عقد تمليك من المالك السابق . اذا حصل ذلك وجب رفض دعوى خالد بلا شبهة أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ١٣١٥ مدنى فرنسى وأخذاً بالقاعدة الرومانية القائلة « اذا تساوى الخصمان فى الادلة وجب تفضيل واضع اليد »^(٥) . ولكن القضاء الفرنسى يقضى مع ذلك للمدعى بالملكية اذا اثبت هذا المدعى وضع يده على العقار قبل وضع يد المدعى عليه الحاضر وأقدميته عليه وعلى شرط أن يثبت أن يده

(١) جيران فى القانون الرومانى الطبعة السادسة ص ٣٥٧ وما بعدها

(٢) action in rem utilis (٣) in rem directa

(٤) dominum auctoris — كابتان من ١٠٠٨ قلا من يوتيه فى الملكية ن ٢٢٣

(٥) in pari causa melior est possidentes ج ع ١ ص ٣١٢ ن ٣٣٤١

على المقار كانت أكثر ظهوراً وأوفر مادة^(١) ولعل القضاء الفرنسي يريد من شرط كثرة الظهور ووفرة الامارات في وضع يد المدعى أن تكون شروط وضع اليد الملك بالتقادم متوافرة لديه دون المدعى عليه . كأن يثبت بأن يد هذا الاخير لم تكن سلبية ولا مستمرة ولا بصفة مالاك ، وهي الشروط المقررة بالمادة ١٠٢/ ٨٦ مدني و٢٢٢٩ فرنسي . أو لعل القضاء الفرنسي يشير أيضاً بعبارة السابقة الى أنه في حالة تساوى المدعى والمدعى عليه في توافر الشروط اللازمة للتملك بالتقادم ، فإن المدعى يمتاز على خصمه في أن يكون لديه عقد مملك ولو لم يثبت صدور هذا العقد من المالك الحقيقي^(٢) ، وذلك في الوقت الذي لم يستطع فيه واضع اليد الحاضر ، وهو المدعى عليه ، تقديم عقد مملك له . وربما انصرفت أخيراً عبارة القضاء الفرنسي الى البيانات المبينة بمصلحة فك الزمام^(٣) بمعنى أن من أشير الى اسمه بسجلات فك الزمام فضل على خصمه الذي لم يرد له بيان ما بهذه السجلات . واذا تبين أن المدعى قد سبق له وضع اليد على المقار المتنازع فيه ولكن مع ذلك لم تتميز يده على يد المدعى عليه الحاضر ولا يوجد بالدعوى ما يشير الى ضرورة تفضيل يد هذا المدعى على يد المدعى عليه ، وجب رفض دعوى المدعى في هذه الحالة^(٤)

هذه هي الحالة الاولى وهي بلا شبهة حالة تحكي تماماً حالة الملكية الرومانية^(٥)

عند الرومان^(٦)

(١) mieux caractérisée ٣١٤٠١ ، ٨٤٠ د . — س ، ١٠٨٤ ، ١٠٢٠ .

— د ، ١٠٩٢ ، ١٠١٢ . — س ، ٢٤٠١٠٩٢٠ . ويبقى القضاء المصري بأنه اذا ظلت الحياة المادية بيد شخص أكثر من المدة اللازمة لتقديم وتصرف الحائز في المنار تصرف المالك اعتبرت يده قبل مدعى الملكية يد حائز غير مرضى . وذلك حتى يقوم الدليل بالعكس من قبل خصمه — ج ع ٣ ص ٤٤٢ د ٤٦٦٥

(٢) verus dominus (٣) ٩٠٠٢٠٩٣٠ د . — س ، ٢٠٩٣٠ ، ٢٢١٠

— د ، ٢٠٩٢٠ ، ٤٠٢٠ (٤) ١٠٦٠ ، ٧٠٤٠٠٧٠ . — س ، ١٠٦٠ ، ٣٤٠٠١

(٥) la publicienne (٦) كاجان ص ١٠٠٨ — ١٠٠٩

٦٨٨ — الحالة الثانية : اذا فرض وكان بكر واضعاً يده الآن على المقار تم جاء خالد وادعى ملكيته للمقار ولم يستطع اقامة الدليل على سبق وضع يده على المقار وعلى اقدمية يده على يد خصمه ، ولكنه مع ذلك قدم عقداً ^(١) يثبت أن المقار بيع اليه أو وهب اليه ، أو أن البيع أو الهبة كانا للمملك له ، وأن ذلك حصل قبل أن يضع المدعى عليه يده على المقار . اذا حصل ذلك يظهر أنه لاجل لاقول بضرورة عمل مقارنة بين اثنتين من واضعى اليد . ولذا كان تردد القضاء الفرنسى فى حل هذه المشكلة تردداً معروفاً . وانتهى به الامر سنة ١٨٦٤ بأن أخذ يقرر بأنه مادام المدعى قد قدم سنداً دالاً على ملكيته فمن الواجب الحكم له ^(٢) وهذا ويجب أن يلاحظ هنا بأنه يشترط فى ذلك السند أن لا يكون من عمل المدعى نفسه كأن تكون الحكومة هى المدعية وأن تقدم بملف الدعوى رسم التنظيم ^(٣) والرسم من عملها ^(٤) أو أن تقدم كشفاً محرراً بمعرفتها عن زوائد المساحة ^(٥) باعتبار هذه الزوائد ملكاً لها ^(٦) ولكن اذا تبين بأذ السند المذكور صادراً من الغير ولم يستطع المدعى عليه اقامة الدليل على أسبقية يده واقدميته على هذا السند وجب الحكم للمدعى . وليس للمدعى عليه فى هذه الحالة حق الاعتراض على ذلك فى أنه لم يكن طرفاً فى العقد المقدم من المدعى والمملك لهذا الاخير ^(٧) ويستند هذا القضاء الفرنسى فى مذهبه هذا الى جملة أدلة مختلفة ومتساوية من حيث الاثر فى التدليس . وأيد مذهبه بالرجوع الى مبدأ صفة الاطلاق فى الحقوق العينية ، وقد راعى فى ذلك على الاكثر الضرورة العملية التى تحتم الأخذ بجعل الحقوق العينية مطلقة أى حجة على الكافة . ولاحظ أن الملكية تصبح مضطربة

(١) titre (٢) ١١٢٠١٠١٠٦٤ — س ٣٤٩٠١٠٦٤ — د

(٣) plan d'alignement (٤) ١٥٢٠١٠٩٥ — د ٤٨٣٠٢٠٩٢٠ د

(٥) excédent d'arpentage (٦) ج ٢ س ٣٣٥٠ ن ٣١٢ — د

(٧) ٤٤٩٠١٠٩٠١٠٤ — س ٥٠٩٠١٠٩٠٥ — د ٨٠١٠٩٠٥٠ د

— س ٣٩١٠١٠٩٠٦٠ د — ٩٣٠٢٠٩٠٧٠ د — ١٢٥٠٩٠٧٠١٠٤ د —

كابيتان س ١٠٠٩

ومزعزة اذا قيل بقصر تقاذ العقود الملكية على عاقديها دون الكافة. وذلك لانه لما كان من المستحيل اشراك أفراد الكافة مع هؤلاء العاقدين في العقود الملكية لعدم وجود مصلحة ظاهرة لهؤلاء الافراد في تلك العقود ، فانه يصيح من المستحيل حتما الحصول على عقود مملكة تكون حجة على أفراد الغير . ولكن لعل هناك تعليلا أوجه من الوجهة القانونية من حيث تبرير هذه القاعدة المتقدمة وسيأتى القول عليه حالا . على أنه يجب أن نسارع هنا الى ملاحظة أنه ليس من المستحيل ربط القاعدة المقررة في هذه الحالة الثانية التي نحن بصدددها ، مع القاعدة التي تقرت بالحالة الاولى المتقدمة . ذلك أننا لاحظنا في حالة تتابع اليد المختلفة على عقار واحد وجب تفضيل اليد الأكثر أقدمية اذا تأيدت بسند^(١) وفي حالتنا هذه الحاضرة قد يرى أن لدى واضع اليد سنداً أقدم ولكن ليست له يد سابقة على العقار . ولكن ليس يرى مع ذلك في هذه الحالة الثانية أن هناك وضع يد مفترض وجوده^(٢) لدى المدعى صاحب السند التأييد ، وذلك لأنه يستفاد من المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى، القائلة بانتقال الملكية بين المتعاقدين بمجرد التعاقد (أنظر أيضاً المادة ٩١/١٤٥ مدنى وكذلك المادة ٩٢/١١٨ مدنى) أنه بمجرد حصول التعاقد بين الطرفين يفترض حصول تغيير في اليد فتزول يد المملك وتحل محلها يد المشتري، أى يحصل تغيير صورى في اليد^(٣)؛ بمعنى أن يد المشتري تعتبر عقب التعاقد هى اليد القائمة على العقار ، وأن يد البائع قد زالت بالمقد . اذا علم ذلك أمكن حينئذ ربط هذه الحالة الثانية بالحالة الاولى أى الاستعانة بدعوى الملكية الصورية الرومانية في حل الحالة الثانية^(٤)

٦٨٩ — الحاله الثالثه : اذا فرض وان بكرا واضع يده على العقار. وجاء خالد وادعى ملكيته للعقار ولم يسبق له أن وضع يده على العقار ، وقدم سنداً

(١) titre possession sous-entendue (٢)

(٣) ensaisinement fictif (٤) كابتان ص ١٠١

بتملكه له . ولكن بكرأ قد قدم أيضاً سنداً بتملكه للمقار . أى يمحصر النزاع بين سنيين . ويجب هنا في حل هذه المشكلة ضرورة الرجوع الى الحالتين السابقتين ، مع ملاحظة التفرقة الآتية :

أولاً — اذا فرض وصدر العقدان ، أى العقدان المملكان ، من شخص واحد وجب الاخذ في الافضلية بأسبعية التسجيل ، اذا كان العقد من العقود الخاضعة للتسجيل ، مع ملاحظة حسن النية

ثانياً — واذا فرض وصدر العقدان من شخصين مختلفين فقد ذهب جمهور من أحكام القضاء الفرنسي الى القول بأفضلية الاقدم فيها^(١) ولكن يظهر أن الرأي الأصح والذي يؤيده العقل والمنطق أن تعمل المقارنة لابين المشتريين بل بين البائمين بالذات (المواد المتقدمة ٩١/١٤٥ مدنى و ٩٢/١٤٦ مدنى و ١١٣٨ فرنسى) وعلى ذلك اذا فرض وادعى خالد الملكية ورفع الدعوى على بكر واضع اليد فلا شبيل لنجاح المدعى خالد فى دعوى تثبيت ملكيته للمقار المتنازع فيه الا اذا أقام الدليل على احتمال نجاح مملكه فيما اذا رفع هذا الاخير دعوى تثبيت الملكية على المملك لبكر ، وذلك اما باعتبار أن يد المملك لخالد كانت أقدم من يد المملك لبكر وان يده كانت أكثر رجحانا فى سبيل التملك بالنقدام من يد المملك لبكر ، أو باعتبار أن لدى المملك لخالد سند تمليك بينما لا يوجد تحت يد المملك لبكر سند تمليك ما . وأما اذا لم يستطع خالد اثبات ملكية مملكه بأحدى هاتين الصورتين ، يرجحان وضع يد مملكه أو بتقديم السند المملك للمملك ، فانه لا يقضى له بالملكية قبل خصمه بكر واضع اليد الحاضر على المقار . وعلى ذلك تظل يد هذا الاخير باقية على هذا المقار^(٢)

(١) د ١٠٩٦٠٠ ٢٣٠٠ ٢٣٢٩ — د ١٠٩٠٠ ١٠٩٢٩ . وتبهم فى ذلك أيضاً القضاء المصرى :

ج ١ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٥ و ٣٣٤٧ (٢) محكمة النقض والايرام بباريس د ١٠٨٠ ٣١٣١ ومثال Ripert — س ١٠٩١٠٠ ٣٨٨٠ . وقالت محكمة النقض بأنها اذا تعارض سندان تملك الحصين وجب عدم الاخذ بهما وضرورة الرجوع بالحكم فى الدعوى الى الظروف الخاصة بهما .

ومما يرى أن الرأي في هذه الحالات المختلفة إنما يستحيل في النهاية إلى ضرورة عمل مقارنة بين يدين على المقار ، يد حقيقية ، ويد صورية .
على أنه يمكن وضع قاعدة عامة بعد استقراء هذه الأحكام المختلفة للقضاء بين الفرنسي والمصري ، وهي القاعدة التي قال بها أبري ورو^(١) ذلك أنه إذا أراد المدعى في دعوى تثبيت الملكية اثبات ملكيته قبل المدعى عليه واضح اليد الحاضر عى المقار فلا حاجة له إلى تتبع اثبات الملكية لدى المملكين له على التعاقب وهم المملكون لبعضهم البعض ، إنما كل ما يجب عليه في هذا الشأن أن يقيم الدليل فقط على أن حقه أفضل^(٢) وأكثر رجحانا^(٣) عن حظ خصمه

٦ في المسوغ العلمي لنظرية انقضاء

٦٩٠ — ان مذهب القضاء ولو أنه ذو نتائج عملية مفيدة الا أنه يظهر أن أدلته في تقرير مذهبه ضعيفة أو غير كافية . ويلاحظ لأول وهلة على هذا انقضاء دعوى أنه اتبع التقاليد التاريخية القديمة وراعى حماية المدعى بتلك الميزة التي عرفت بها الملكية الصورية الرومانية^(٤) . وذلك لانه في اعفاء القضاء للمدعى من اثبات ملكية المملك له وملكية المملك للمملك له وهكذا ، وهو ما تقضى به المبادئ العامة القانونية البحث ، وفي قصر النزاع على مجرد عمل مقارنة بين يدين على المقار ، إنما يستحيل ذلك كله إلى القول بأن انقضاء اتخذ طريقة في الحكم تشبه كل الشبه طريقة الملكية الصورية الرومانية . ولكن الحقيقة أن هذه الطريقة القضائية المصرية لا تحكى الطريقة الرومانية المذكورة . لانه لو كانت تحكيها

وعرض محكمة النقض من الظروف الخاصة بالدعوى إنما هو الرجوع حتما إلى إحدى الصورتين اللتين أشرنا إليهما من حيث تمتك الملك لحال المقار ، من طريق رجحان يده على يد الملك لأكبر أو من طريق وجود سند تملك يده — كإثبات من ١٠١٠

(١) ج ٢ ن ٢١٩ الطبعة الخامسة (٢) dorit meilleur (٣) plus probable

(٤) action publicienne

لترتب على ذلك ضرورة أن تتوافر فيها شروط الملكية الصورية الرومانية، وهذا لا يمكن القول به

على أنه يجب مع ذلك ملاحظة أنه يوجد بهذا المذهب القضائى الجديد شرط من شروط مذهب القضاء الرومانى فى تقرير الملكية الصورية ، وهو شرط حسن النية لدى المدعى فى دعوى تثبيت الملكية . ذلك لانه من المستحيل الحكم لهذا المدعى بالملكية اذا تبين أنه كان سبب النية فى وضع يده ، أو أنه تملك من غير المالك الحقيقى ^(١) . ولقد سبق لنا أن رأينا أنه فى حالة تنازع الايدى المتتابعة على عقار واحد ^(٢) يجب أن لا يقضى لمن كانت يده أكثر أقدمية عن يد خصمه الا اذا كانت يده أكثر رجحاناً وأظهر أماره فى وضع اليد ^(٣) . ولا شك فى أن من أكبر مظاهر هذا الرجحان انما هو حسن النية . ولا بد للمدعى فى دعوى تثبيت الملكية أن لا يكتفى فقط بتقديم عقد تملكه بل يجب عايه فوق ذلك اثبات حسن نيته . والارتب على عدم اثبات حسن النية ، مع شرط تقديم عقد التملك ، نتيجة غريبة . ذلك أنه يكفى لمن أراد أن يزرع عقاراً من واضع اليد الحاضر والذى لم يكن لديه سند تملك أن يذهب ويتواطأ مع المالك القديم ويستصدر منه عقد بيع فى الوقت الذى لم يكن لهذا المالك القديم حق ما على العقار . وهذا لا يمكن قبوله والا كان ذريعة لترويح النفس والتدليس بين الافراد ^(٤)

ولكن ان كنا قد لحنا تفاهياً بين دعوى تثبيت الملكية الحاضرة ودعوى تثبيت الملكية الصورية الرومانية من حيث شرط حسن النية فان هاتين الدعويتين يختلفان فيما يتعلق بشرط السبب الصحيح ^(٥) . ذلك اننا لاحظنا على القضاء أنه يفترض غالباً على المدعى فى دعوى الملكية ضرورة تقديم سند التملك ، بل كان يكتفى بتكليف المدعى باثبات سبق مجرد وضع يده . وفى حالة ما اذا قدم المدعى سند التملك فان القضاء الفرنسى جرى أخيراً على أن لا يفترض فى ذلك السند

possessions successives (٢)	non dominus (١)
justa causa (٥)	mieux caractérisée (٣)
(٤) كابلان ص ٣٠١١	

أن يكون في ذاته ناقلاً للملكية^(١) ، وفعل ذلك كما كان يفعل الرومان من قبل أيضاً . وبناء على ذلك أخذ القضاء الفرنسي يعتبر من ضمن السبب الصحيح في دعوى النزاع في الملكية في الوقت الحاضر العقود المظهرة^(٢) أي المؤيدة للحقوق السابقة كالقسمة والحكم^(٣)

وإذا كان رأى هذا القضاء مقبول فيما يتعلق باعتبار العقود المظهرة سبباً صحيحاً من حيث الاثبات في دعوى الملكية العصرية ، فانه مما لا يقبل بلاغربة اعتبار الاحكام كذلك ، لما هو معروف في أن للاحكام قوة لا تخرج عن حيز أصحابها ، أي ان للاحكام قوة نسبية تحكى القوة النسبية للعقود من حيث حصر الأثر القانوني في كل على طرفي العقد والحكم . ولكن لا يفوتنا هنا القول بأنه سبق أن قررنا عدم الأخذ بنظرية نسبية العقد في حالة ما اذا كان العقد خاصاً بالتملك ، اذ قلنا بأن العقود الملزمة مطلقة أي حجة على الكافة . ويجب أن يكون الامر كذلك أيضاً بشأن الحكم القضائي بالملكية ، فانه يجب أن يكون أيضاً نافذاً على الكافة . على أننا اذا نظرنا في حالة ادعاء خالد للملكية واستناده في دعواه ضد بكر المدعى عليه على حكم صدر لمصلحته بشأن المقار ضد شخص ثالث ، فانه لا محل هنا أيضاً للقول بالمساس بقاعدة نسبية الاحكام أيضاً . ذلك لأنه لاجل القول بالمساس بقاعدة نسبية الاحكام لا بد أن يترتب ذلك منع بكر وحرمانه من الدفاع ضد هذا الحكم الذي يستند اليه خالد . والواقع خلاف ذلك . اذ الذي يحصل عادة في مثل هذا الطرف ، هو أن الحكم المقدم من خالد يجعله في مركز أقوى من

actes déclaratifs (٢)

acte translatif (١)

(٣) ٥٠١، ٦٦، د — س، ٢٠٥، ١، ٦٦ — وعلى الاخص الحكم الآتي:
٤٤١٠١، ٩٠٨، د — س، ١، ٩٠٥، ٣٣١ اذ قرر بأنه يجوز للمدعى في دعوى تثبت الملكية أن يقيم الدلائل على ملكيته بجميع العقود المتبعة لحقه ، ولا فرق في ذلك بين العقود المظهرة والعقود المتبعة translatif déclaratif كالتن من ١٠١١

مركز خصمه بكر^٢، ولكنه لا يحول مطلقاً دون تمكين بكر من الادلاء بأدلة اثبات ينفي بها قوة هذا الحكم، ومن تمكينه على الاخص من تقديم عقد صادر من شخص آخر. وعلى ذلك لا يحرم بكر البتة من حق نفي الاثر المترتب على الحكم المقدم من خصمه خالد المدعى. ولا يمكن بحال أن يترتب على تقديم الحكم من جانب خالد القضاء في الحال على حق خالد. أي أنه لا يملك الشخص الاجنبي الصادر ضده الحكم في مصلحة خالد، أن يؤثر على حق بكر. وكل ما يترتب على الحكم من الاثر هو أن يجعل لخالد مقدم الحكم أثراً ظاهراً من حيث الافضلية. يعني ان الحكم يجعل خالداً في موقفه ازاء بكر ادعى لهمايته من هذا الاخير. أي أنه يترتب على تقديم الحكم الاضرار بموقف بكر^(١) والتأثير عليه بحيث يجعل أمر الحكم له مشكوكاً فيه كثيراً. ولذا يجوز هنا لبكر أن يدخل خصماً ثالثاً في الدعوى ان كانت مقامة بين خالد والشخص الآخر الاجنبي حتى يحول بدخوله الحكم لمصلحة خالد اذا استطاع ذلك^(٢)

في مذهب القضاء والقواعد العامة

المقررة في الاثبات

٦٩١- برغم هذا التشابه الكبير بين دعوى تثبيت الملكية الرومانية والدعوى المصرية الحاضرة المقررة بمعرفة القضاء الحاضر، فانه لا عمل مع ذلك للقول بأن القضاء في الوقت الحاضر عمل على الاخذ بأحكام دعوى الملكية الرومانية. بل يمكن القول بأن القضاء الحاضر رجع في تقريره لدعوى الملكية الحاضرة الى الاحكام المقررة في نظرية الاثبات

وربما لا يكون هنا محل للقول باتهام القانون المصري الحاضر كما اتهم القانون الفرنسي من قبل، بشائبة النقص لعدم ورود أحكام اثبات الملكية فيه بجانب

اثبات الالتزامات . ذلك لان القساذ انما قام بتقرير أحكام اثبات العقود^(١) والوقائع أيضاً^(٢) وهى الوقائع التى ترتب عليها تولد الحقوق . أما اثبات الوقائع والاعمال المجردة فالاثبات فيه حر غير مقيد ويجرى بجميع أوجه الادلة الممكنة وعلى الاخص بالقرائن والامارات البسيطة^(٣) أخذاً بالقاعدة العامة المقررة بالمادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى و ١٣٤٨ فرنسى القائلة بأنه لا يؤخذ بقيود الالبات الا فى حالة « الاختصاص الذين لم يكن لهم مائع منهم من الاستحصال على كتابة » وعلى ذلك يجوز أن ترتب الملكية على مجرد فعل^(٤) ، أى وضع يد طويل ، أو التصاق . أو ترتب على عقد كالبيع أو الهبة أو البذل وهكذا . وعلى ذلك اذا ادعى المدعى فى دعوى الملكية بأن حقه مترتب على فعل جاز له الالبات بالقرائن البسيطة . وأما اذا ادعى على العكس ، وهو ما يحصل غالباً ، بأن ملكيته مترتبة على عقد بيع أو هبة أو بدل ، فإنه ربما يفهم فى تلك الحالة ولاول وهلة بأنه أصبح محكوماً من حيث الالبات بالقاعدة المقررة بالمادة ٢١٥ السابقة ، أى يلزم بتقديم هذا العقد للملك له . ولكن حقيقة الواقع على خلاف ذلك . لان الاخذ بالمادة ٢١٥ المذكورة انما لا يكون الا فيما بين المشتري والبائع والواهب والموهوب له . وأما فى علاقة المشتري والموهوب له بجماعة الغير^(٥) فإنه لا محل للاخذ بالمادة ٢١٥ . وعلى ذلك يجوز لمدعى الملكية الاستعانة بجميع أوجه الالبات الممكنة لإقامة الدليل على ملكيته . وذلك لان المادة ٢١٥ أباحت ضمنا الالبات بالقرائن فى كل حالة استحقال فيها على صاحب الشأن الحصول على سند كتابى (راجع المادة ١٣٤٨ مدنى فرنسى) . ولقد استحال هنا على مدعى الملكية الحصول على سند تمليك حجة على الكافة أى على جميع الناس ، لانه لا يستطيع الحصول على عقد سوى ذلك العقد ذى الاثر النسبى فقط ، وهو عقد البيع مثلاً الحاصل بينه وبين الملك له ، وهو ليس حجة على الغير بالمعنى الدقيق اذا علم ذلك أمكن القول بصحة ما ذهبنا اليه فى أن مذهب القضاء الحاضر

في دعوى تثبيت الملكية الحاضرة لم يكن هو مذهب الملكية الرومانية برغم التشابه الحاصل بين الاثنين . بل هو راجع الى القواعد العامة المقررة في الاثبات . فاذا جاء المدعى في دعوى تثبيت الملكية الحاضرة ونازع واضع اليد الحاضر على العقار وادعى سبق وضع يده على نفس العقار ، أو قدم سند تملك قديم (وهذا السند مع ذلك ليس حجة في ذاته على واضع اليد الحاضر) أو استند الى قسمة أو الى حكم ، مع أن القسمة والحكم ليسا ناقلين للملكية : اذا حصل ذلك من المدعى فانه لا يمكن أن يقال هنا بأنه قدم أدلة الاثبات بالمعنى الصحيح الدقيق . بل كل ما أدلى به هذا المدعى انما هو الادلاء بقرينة بسيطة أو أمانة عادية من شأنها تكوين عقيدة لدى القاضى في مادة يباح فيها لهذا القاضى الأخذ بالقرائن البسيطة طبقاً للقواعد العامة . ولم يخرج وضع اليد الحاضر للمقار عن كونه هو أيضاً مجرد قرينة بسيطة في مصلحته . كما أن ثبوت سبق وضع يد المدعى على المقار قرينة بسيطة أيضاً مقررة في مصلحة هذا المدعى . وتفضل قرينة المدعى على قرينة المدعى عليه اذا امتازت عليها برجحان الأثر الخارجى لوضع اليد ووفرة الأمارات الدالة على وضع اليد المملك بالتقدم^(١) ، أى اذا كان وضع اليد السابق للمدعى أقوى وأرجح من وضع اليد الحاضر . والسند المكتوب قرينة أقوى من مجرد وضع اليد البسيط . وهكذا . على ان القضاء سلطاناً لا حدة في تقدير القرائن على شرط أن لا يأخذ منها الا ما كان ممتازاً بالوضوح والجلاء وظهور الأثر^(٢)

وعلى ذلك يمكن تعديل التعريف الذى قرره أبري ورو والاستعاضة عنه في عبارة « اثبات الحق الافضل والاكثر احتمالاً » بهذه العبارة وهى « الادلاء بقرائن واحتمالات أظهر أثراً وأوقع من مجرد وضع اليد »^(٣)

(٨) في اثبات الملكية المصرية

من الوجهة العملية

٦٩٢ — أصبحت الملكية المصرية بعد سنة ١٨٩٦ حرة لدى أصحابها فلا خراجية ولا عشرية ولا رقبة للحكومة ولا منفعة للاهالى بل الاثنان لهؤلاء ولللكية بمصر سجلات ليس الغرض منها اثبات الملكية لأصحابها اثباتاً مطلقاً لا يقبل طعناً ، كما هو الحال بشأن السجلات المقارية المزمع انشاؤها بمصر ، انما اذا استحال أو تعذر اعتبار هذه السجلات أدلة اثبات على الملكية فهي على الأقل قرائن لللكية . ويبان ذلك :

سجلات التكليف : لانعود هنا الى ما سبق أن قررناه بشأن انشاء المكلفات أى السجلات التى أنشأها محمد على عقب مسح الاطيان . ولقد مسحت الاطيان المصرية مرة ثانية ابتداء من سنة ١٩٠٢ وانتهت عملية المسح سنة ١٩٠٧ . وتسمى هذه العملية بعملية فك الزمام اذ كانت تقاس الارض فى أطوالها وأعراضها وتبين بالخوض والنمرة والناحية والمركز والمديرية ويرصد ذلك بسجل خاص بعد بيان ذلك كله برسم يسمى بخريطة فك الزمام

والغرض الاول للحكومة من هذه المكلفات انما هو معرفة صاحب الارض كى تطالبه بدفع الاموال المطاوعة للحكومة وتسلمه ورداً ، أى ورد المال ، وهو ورقة يبين فيها المبالغ المدفوع وعن أى قسط وعن أى سنة واسم الدافع مالسا كان أو مجرد حائز للأرض

ويجوز لكل فرد الحق فى طلب صورة من المكلفات ببيان الاطيان المكلفة باسمه أو باسم أى شخص آخر

ولا تسأل الحكومة عن تمويض فيما اذا كلفت الأرض باسم معين بناء على عقد تقدم لها وبرغم المعارضة الحاصلة من الغير فى نقل التكليف لأنها ليست مختصة بالفضل فى صحة العقد أو عدم صحته^(١) ولا يجوز للدائن المرتهن رهنًا

رسمياً التدخل في دعوى نقل التكليف القائمة بين مدينه والحكومة لان التكليف مجرد عمل تقوم به الحكومة في سبيل تسهيل عمل جباية الاموال والضرائب^(١) ويرى القضاء أنه يجوز له الرام الحكومة بنقل التكليف باسم شخص معين والا قضى عليها بتعويض يومية عن كل يوم يعصى ولا يحصل فيه نقل التكليف . ويرى القضاء في مذهبه هذا أنه لا يعمل على اكراه الحكومة على القيام باجراء عمل ادارى معين بالمعنى الصحيح . انما هو يلزم الحكومة بالقيام بالتزاماتها نحو الافراد في أن تمكنهم جميعاً من الاستفادة من مزايا التكليف حتى لا يكون من وراء امتناع الحكومة عن نقل التكليف أن تجعل بعض الافراد متمتعين بمزايا القانون والبعض الآخر محرومين منه^(٢) . ويرى أنه وان كان الغرض من دفتر التكليف في الاصل تنظيم جباية الاموال الا أنها أصبحت الآن دفتر مومية يهم ملاك الاراضى أن تدرج أسماؤهم فيها . وعلى ذلك فلا تكون المادة ١٥ من لائحة انشاء المحاكم الاهلية مانعة من اختصاص هذه المحاكم في الحكم بالزام جهة الادارة بنقل التكليف لاسم شخص معين^(٣) . على أن القضاء سبق له أن قضى بعكس ذلك^(٤) ويرى انه يكتفى بالحكم بتعويض^(٥) وفي نظرنا أن وجهة النظر الاولى أصح

٦٩٣ — وزى هنا ضرورة الامام من طريق الايجاز بالمبادئ القانونية الرئيسية التي اعتمد عليها القضاء المصرى في اثبات الملكية . وهى :

(١) ان المدعى عليه واضع اليد لا يلزم باثبات ملكيته للعقار . انما يكلف بذلك المدعى . فاذا أدلى المدعى بأدلة وجب على المدعى الاخير تقيها . وأما اذا

(١) ج ع ٣ ص ٣٠٤ ن ٣١٥٧ (٢) ج ع ٢ ص ٤ ن ٢١٦٧
 (٣) حكم استئنائى أول مارس ١٩١٩ م ر ١٠٤ ص ٢٠١ ن ١٣٧ عدد ١٠٤ وانظر الاحكام
 المدينة الواردة به . — استئناف ٢٨ مايو ١٩١١ م ر ١٢٠١ ص ٢٢٧
 (٤) م ١٠١ ن ٩٠١ عدد ٥٨ (٥) ج ع ٣ ص ٣١٠ ن ٣٢٤٨ — ج ع ١ ص
 ٣٩٤٦ ن ٣٠٩

هـ المدعى عن اثبات الملكية استقرت يد المدعى عليه على العقار^(١)

على أننا نلاحظ أن هذه القاعدة وإن كانت صحيحة في ذاتها من الوجهة القانونية البحث ، إلا أن العمل يجري على أن لا يلتزم المدعى عليه الصمت في الدعوى بل يدلى هو أيضاً بما لديه من الأدلة . وتصبح الدعوى صراعاً بين الطرفين كل يدلى بحجته ويعمل على اثبات قوتها والاضعاف من قوة حجة خصمه . ويعمل القاضى وقتئذ على توازن الأدلة فيما بينها فمن رجحت أدلته قضى له

(٢) لا يستفيد المدعى عليه واضع اليد من وضع يده إذا قدم المدعى سنداً يملكه للعقار سابق التاريخ على وضع يد خصمه ، إلا إذا أقام المدعى عليه الدليل على أن يده استمرت قائمة على العقار مدة التقادم القصير بسبب صحيح وحسن نية^(٣)

(٣) إن وضع يد أرشد العائلة^(٤) على الاطيان المختلفة عن المورث طبقاً لمرسوم ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٨٥ هـ الذى أنشأ قانون الملكية فى الاراضى ، وهو القانون الذى كان يبيع تقسيم الاراضى على الورثة (المادة ٢ منه) ، لا يجعله مالكا وحده لهذه الاراضى ، بل هى ملك الورثة^(٥) وعلى ذلك تكون يده على الاراضى يدا نيابية عن بقية الورثة فيما يتعلق بانصبتهم . ولذا لا يملكها بالتقادم مهما طال أجل يده . ويغلب أن يتولى أرشد العائلة المكلفة باسمه الاطيان الصرف على الورثة أو تسليمهم من وقت لآخر شيئاً من انصبتهم فى النقة . ولكن اذا حصل تكليف الارض باسم الارشد فى حال حياة رب الاسرة ومسحت الارض وتقيدت باسم هذا الاخير فى حال حياته أيضاً وكان الاثنان فى معيشة واحدة ، دل ذلك على أن ملكية الاطيان روكية بين الأب والابن^(٦) . واذا تكلفت الاطيان باسم الارشد فى حال حياة زعيم البيت فلا تعتبر الاطيان ملكاً لهذا الاخير لأن

(١) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٦١ — ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٤٣ — ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٨٣ و ٤٦٨٥ (٢) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٧٦ (٣) alné
(٤) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٦٨ (٥) ج ع ١ ص ٢٨٠ ن ٣٠٢٧

القرينة على ملكية لا يؤخذ بها الا اذا حصل التكليف بعد وقته^(١)
 (٤) يجوز في دعوى الملكية الاستناد الى الادلة التي تثبت دعوى وضع اليد
 وهي الدعوى التي ترفع عادة قبل دعوى الملكية^(٢). ولذا يحسن في هذه الحالة
 ضم ملف الاولى للثانية .
 (٥) يجوز اعتبار عقد القسمة بين الورثة دليل الملكية في مصلحة أحد
 المقتسمين^(٣)

(٦) ان تكليف الارض باسم أحد الافراد قرينة على ملكيته لها . وهي قرينة
 تقبل الدليل العكسي^(٤) وعلى ذلك لا عبرة بالتكليف اذا ثبت وضع يد الغير على
 الاطيان وضماً مادياً فعلياً قبل وبعد التكليف^(٥) اذ يحصل أن يملك الفرد أرضاً
 دون أن تكون مكلفة باسمه^(٦). ولم يخرج التكليف عن كونه تأشيرياً يحصل
 بالمكلفات بناء على العقد المقدم من صاحب الشأن للإدارة دون أن تبحث
 الإدارة في صحته أو عدم صحته^(٧) والغرض من دقار التكليف غرض مالى لمعرفة
 الممولين^(٨) وعلى ذلك لا يسى التكليف الحقوق المقررة لاصحابها^(٩) واذا تكلفت
 الاطيان باسم الابن ولم يستطع اثبات مصدر الملكية وكان الاب قد تسامح في
 تكليف الارض باسم الابن ، لما كان مشهوراً في ذلك الحين ، حتى لا تحوم حوله
 شبهات الحكومة ، وثبت أن الاب كان يدفع من مرتبه رسوم الايولة للبعض
 الموروث من هذه الاطيان ، اعتبرت الاطيان حينئذ ملكاً للأب دون الابن

(٧) ان رخصة التنظيم المعطاة من مصلحة التنظيم لطالباها لا تعتبر سنداً على
 الملكية ، انما يمكن الاستعانة بها في تعيين تاريخ أول مدة التقادم^(١٠). واذا أعطت

(١) ج ع ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٥٥	(٢) ج ع ١ ص ٢٧٧ ن ٣٠٦٩
(٣) ج ع ١ ص ٢٧٩ ن ٣٥٧٠	(٤) ج ع ٥ ص ٢٨٠ ن ٣٥٧٢ . ج ع ٢ ص
٣٣٥٦ ن ٣١٣ و ٣٣٥٢	(٥) ج ع ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٥٤
(٦) ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٧٧	(٧) ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٧٣
(٨) ج ع ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٧٤	(٩) ج ع ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٧٦
(١٠) ج ع ١ ص ٢٨٠ ن ٣٥٧٤	

وزارة الداخلية رخصة بإنشاء محل عمومي بقطعة أرض معينة فلا يدل ذلك على أن الوزارة بحثت في ملكية الأرض المذكورة ، اذ لا صفة لها في أن تفصل فيها اذا كانت الأرض ملكا للأفراد أو للحكومة ^(١)

(٨) ان حجة الايولة التي يمررها القاضي الشرعي للورثة بناء على طلب هؤلاء الاخيرين وباملائهم دون أن يكون للقاضي أثر في تحقيق ما يقررونه من حيث اثبات ملكية المورث ، لا تعتبر سند تملك ^(٢) وكذلك حجة الوقف لا تعتبر سند تملك اذا لم يتبين بها بوجه صريح مؤيد بأدلة الملكية الاصلية ^(٣)

(٩) ان الملكية لا تزول عن صاحبها بعدم استعماله لها طالما انه لم يتقرر للغير حق على العقار. ولا تسقط دعوى تثبيت الملكية بالتقدم ^(٤) ولذا لا يلزم هنا مدعى الملكية بأقامة الدليل على بقاء يده على العقار ، اذ يتملك بمجرد توافر شرط نية التملك ^(٥) . وعلى العكس من ذلك يلزم المدعى عليه بأقامة الدليل على تملكه للعقار ^(٦)

(١٠) اذا تقدم سندا ملكية عن عقار واحد وجب تفضيل الاقدم فيهما على الآخر وذلك فيما اذا لم تتقدم أدلة أخرى ^(٧)

(١١) لمدعى الملكية أن يستدل على ملكيته من نفس سند خصمه باعتبار أن ما جاء بهذا السند قرينة على الملكية ^(٨)

(١٢) لا تملك الحكومة اعتبار أرض من زوائد المساحة ^(٩) والتصرف فيها باعتبارها ملكا لها وداخلة ضمن الأراضي المباحة ^(١٠) اذا تبين بأنه سبق للغير أن تقررت له حقوق عايمها ^(١١)

(١) ج ع ٣ من ٤٤٢ ن ٤٦٧٢ (٢) ج ع ١ من ٢٨٠ ن ٣٥٧٥

(٣) ج ع ١ من ٢٨٠ ن ٣٥٧٦ (٤) دي مجلس ج ٣ من ٥٦٦ ن ١٣

(٥) solo animo (٦) ج ع ٢ من ٢١٢ ن ٣٢٤٢ . — دي مجلس ج ٣ من

٤٣٣ ن ١٠ (٧) ج ع ٢ من ٢١٢ ن ٣٢٤٥ و ٣٢٤٧ (٨) ج ع ٢ من ٢١٢

ن ٣٢٤٩ — ج ع ٣ من ٤٤٢ ن ٤٦٦٧ (٩) excédents d'arpentage

(١٠) biens libres (١١) ج ع ٢ من ٢١٢ ن ٣٣٥٠

(١٣) لا يعتبر الاعلام الشرعى سنداً تملك به يستعان به فقط في بيان أنصبة الورثة^(١)

(١٤) ان ورد المال لم يخرج عن كونه ايضاً يغطي لمن دفع المال مالكا كان أو غير مالك . وعلى ذلك لا يعتبر سنداً للملكية^(٢) ولا دليل اثبات لها لانه يحتمل أن يدفع المال مجرد الحائز للارض^(٣)

(١٥) يجوز أن تكون ملكية النخيل^(٤) بطريقة مستقلة عن ملكية الارض أى أنه لا يجوز اعتبار سند ملكية النخيل سنداً للملكية الارض المقام عليها^(٥) اذ يجوز أن يكون المالك للنخيل هو غير المالك للارض الموجود بها

(١٦) انه وان كانت الحكومة معفاة من اثبات ملكيتها للارض المباحة المفروض تملكها لها بقوة القانون ، الا أنه لا محل لهذا الاعفاء من الاثبات اذا وجدت قرائن عكسية تتعارض مع حقها^(٦)

(١٧) ان حكم مرمى المزايد لا يعتبر سنداً للملكية اذا لم يتأيد بالتقدم . وعلى ذلك يجب على صاحب الحكم اقامة الدليل على ملكية من نزعت ملكيته^(٧)

(١) ج ٢ ص ٣١٢ ن ٣٣٥١ . — ج ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٨١

(٢) ج ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٥٧ (٣) ج ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٥٨ و ٣٣٥٩ .

ج ٣ ص ٤٤٣ ن ٤٦٨٨ — ٤٦٨٠ (٤) dattiers

(٥) ج ٢ ص ٣١٣ ن ٣٣٦٠ (٦) ج ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٦٦

(٧) ج ٣ ص ٤٤٢ ن ٤٦٦٨



في الاموال

١	تمهيد : الانسان والاموال
٢	في اقسام الاحوال
٣	في الاموال وفي الثروة بوجه عام
٤	في الاموال المادية والاموال المنوية
٦	في المقارات والمنقولات
٦	في التعليل التاريخي لهذا التقسيم
١٠	في نتائج التقسيم الى ثابت ومتنقل
١٢	في الاموال الثابتة
١٣	(١) في المقار بطبيعتها
١٧	(٢) في المقار بالتخصيص
	١ — في التفرقة بين المقار بالتخصيص والاشياء التي اصبحت عقاراً
٢٠	بطبيعتها لاندماجها بالمقار
٢٢	٢ — أنواع المقارات بالتخصيص
٢٢	١ ٨ — التخصيص الزراعي والصناعي والتجاري
٢٣	أ — الاراضي الزراعية
٢٦	ب — المحلات الصناعية
٢٧	ج — المحلات التجارية
٢٩	٢ ٩ — التخصيص فني والزخرف
٣٠	(٣) في المقار بالانطباق
٣٤	(٤) في المقار باقرار المالك
٣٤	في المنقولات
٣٤	(١) الاموال المنقولة بطبيعتها
٣٥	(٢) الاموال المنقولة المعنية أو المنقولة بحكم القانون
٣٦	(٣) في الحقوق والى المتعلقة بالمنقولات
٣٧	(٤) حقوق الملكية الادبية والفنية والصناعية
٣٨	(٥) في الوظائف المحركة
٣٨	(٦) في المحلات التجارية
٤٠	(٧) حقوق التأمينية

٤٠	٨ المرتبات
٤٠	٩ حصص الشركاء في الشركات المدنية والتجارية
٤٣	في الاملاك العامة
٤٣	في أصل التفرقة بين الاملاك العامة والاملاك الخاصة
	الاداء الصحيحة للتفرقة بين الاملاك العامة والاملاك الحكومية الخاصة
٤٧	والخلاف في الفقه بفرنسا
٥٠	الاملاك العامة والقانون المختلط
٥١	الاملاك العامة والقانون الاهلي
٥١	الاملاك العامة الواردة بالقانون
٦٣	في حقوق الحكومة على الاملاك العامة
٦٤	في كيفية تقرير الملكية العامة
٦٥	في زوال الملكية العامة وى تحويلها
٦٦	النتائج القانونية لتفرقة بين المال العام والمال الحكومي الخاص
٥٧	في الاموال الحكومية الخاصة
٧١	حق في الحقوق العينية
٧١	الحقوق العينية الاصلية
٧١	حق الملكية
٧١	١ تعريف حق الملكية
٧٦	٢ في تاريخ الملكية من الوجهة العامة
٨٠	٣ في تاريخ الملكية من الوجهة الخاصة المصرية
٨٠	١ — الملكية عند فقهاء الاسلام
٨٥	٢ — في أصل الاراضى المصرية وكيانها للقانون
٩٠	§ ١ — في أراضى الرزق
٩١	§ ٢ — في الاراضى الاراسى
٩٢	§ ٣ — في الابلايات والمفلاك
٩٢	§ ٤ — في الاراضى الاثرية أى الخراجية
١٠٠	٤ في الملكية المصرية والتشريع المختلط
١٠٤	في التملك بالاستيلاء والمادة ٨٠ مختلط و ٥٧ أهلي
١٠٦	§ ١ — مذهب الفقهاء المصرى
	١ — المذهب الاول : لا بد في وضع اليد الطويل مع
	شرط عدم الاقطاع خمس سنون من شرط اذن
١٠٦	الحكومة

ص

ب — المذهب الثاني : لاعل لشرط اذن الحكومة في

وضع البدالطوية مع شرط عدم الاقطاع خمس سنوات ١٠٦

٢ — مذهب الفقه المصرى ١١٤

٣ — في الاحكام القانونية للاستيلاء ١١٦

٤ — في المظاهر العملية لشرطى الـ ١٥ سنة والـ ٥ سنوات ١١٨

٥) الملكية المصرية والتشريع الاهلى ١٢٠

١ — في تشابه التشريع بين الاهلى والمختلط في الملكية ١٢٠

٢ — في الاطيان المملوكة ١٢١

٣ — الاطيان والمقابلة ١٢٣

٤ — في زوال التفرقة بين الاطيان الخراجية والعشرية ١٢٣

٥ — الملكية العقارية المصرية بد سنة ١٩٨٦ ١٢٧

في أنواع الملكية ١٢٨

١) في ملكية القاب الاسرة ١٢٩

في الكيان القانونى الحق في الاسم وفي وسائل حمايته ١٣٠

٢) في الملكية الصناعية والادبية والفنية ١٣٥

١ — في اصل الملكية الادبية والصناعية وشرعيتها ١٣٦

٢ — التشريع المصرى والملكية الصناعية والادبية والفنية ١٤٢

٣ — القضاء المصرى والملكية الصناعية والادبية والفنية ١٤٤

٣) في المراسلات البريدية (أو الخطابات) ١٤٥

١ — كلمة عامة ١٤٥

٢ — في الخطاب وحق المرسل والمرسل اليه فيه ١٤٨

٣ — هل لمرسل اليه أن يقدم خطابا حوليا لمسائل سرية في دعوى بينه وبين

المرسل أو بينه وبين الغير ؟ ١٥٢

٤ — في حق النذر بالنسبة للخطاب ١٥٥

٥ — متى يمتد الخطاب سرىا ؟ ١٦٠

لمى مباح حق الملكية ١٦١

١) في ملكية العار والعق ١٦١

١ — في القيود الخاصة بملكية العار ١٦٢

٢ — في قيود الملكية من جهة العق ١٦٥

٢) في ملكية ما يتبع الشيء ١٦٦

٣) في ملكية محصولات الشيء وعاراه ١٦٧

٤) في ملكية المياه واستعمالها ١٦٨

١ — حق الانتفاع بالمياه والقانون المختلط ١٧٢

- ٢ — حق الانتفاع بالمياه والتعاون الاهلى ١٨١
- ٣ — حق الانتفاع بالمياه وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ . . . ١٨٤
- ١ — فى الاموال القانونية لقانون سنة ١٨٩٤ على القانون المختلط ١٨٤
- ب — فى الاموال القانونية لقانون سنة ١٨٩٤ على القانون الاهلى ١٩١
- فى قيود حق الملكية ١٩٧
- (١) الطائفة الاولى فى القيود الادارية ١٩٨
- (٢) الطائفة الثانية فى القيود القانونية الخاصة بالجوار ٢٠٠
- ١ — النوع الاول : القيود السلبية : فى المحظورات المقررة على الادلاك ٢٠٠
- ١ — الالتزامات الخاصة بنظام المياه ٢٠٠
- ب — فى الالتزامات الخاصة بالمناور والمطلات ٢٠١
- § ١ — التوافد المادية أى الشبايك أو المطلات ٢٠٣
- § ٢ — المناور ٢١٠
- ج — فى الالتزامات المتعلقة بالمساكن بين المزروعات وبسائر المباني . ٢١٢
- د — فى الالتزام الخاص بحق مرور الجيران عند عدم وجود منفذ ٢١٦
- طريق العام
- § ١ — المسئلة الاولى : حق يقرر حق المرور ٢١٨
- § ٢ — المسئلة الثانية : تنظيم المرور ٢١٩
- المبحث الاول : فيما اذا كان المائق طبيعيا ٢١٩
- الامر الاول : كيفية تنظيم المرور ٢١٩
- الامر الثانى : فى مقدار التعويض ٢٢٠
- المبحث الثانى : فيما اذا كان المائق غير طبيعى ٢٢٤
- هـ — فى — التبدل الخاص بالحالة الملك بسور ٢٢٧
- ٢ — النوع الثانى . القيود الابجائية ٢٢٩
- فى الالتزامات المقررة على المالكين ٢٢٩
- ١ — الالتزام الخاص بوضع حدود الملك ٢٢٩
- ب — الالتزام الخاص بوضع سور للمدار فى المدن والضواحي . . ٢٣١
- ٣ — النوع الثالث فى قيود الملكية . القيود القضائية ٢٣٧
- فى قيود الجوار أو الالتزامات الجوارية ٢٣٧
- ١ — المسئلة الاولى : كيف يمكن التوفيق بين سلطة لافاضى وسلطة الادارة ؟ ٢٣٩
- ب — المسئلة الثانية : التنايل القانونى للالتزامات الجوارية وادارة التعرف عليها ٢٤٣
- § ١ — المذاهب الاربية فى الفقه الفرنسى ٢٤٣

ص	
٢٥١	§ ٢ — أثر المذاهب الاربعة في القانون المصرى
٢٥٤	§ ٣ — القضاء المصرى والالتزامات الجوارية
٢٥٧	(٣) العائنة الثالثة في القيود التماقية أو في شرط عدم التصرف
٢٦١	١ — قيود صحة شرط عدم التصرف بالقانون الفرنسى
٢٦٢	٢ — جزاء شرط عدم التصرف أو ما يترتب على مخالفته بالقانون الفرنسى
٢٦٦	٣ — القانون المصرى وشرط عدم التصرف
٢٦٦	١ — شرط عدم التصرف والتشريع المصرى
٢٧٢	ب — شرط عدم التصرف والقضاء المصرى
٢٧٦	ج — نظرية صحة شرط عدم التصرف من الوجهة الفنية العلمية
٢٧٨	في أشكال الملكية وصورها
٢٧٨	(١) في الملكية الشائعة أو الشيوع
٢٨٠	١ — حقوق المالكين على الشيوع
٢٨٦	٢ — في اقتضاء الشيوع
٢٩٦	٣ — في الشيوع الدائم
٢٩٧	١ — النوع الاول : الاشتراك في الملكية على الشيوع الاجبارى
٢٩٧	§ ١ — أحواله المختلفة
٢٩٩	§ ٢ — في التكيف القانونى لحق المالكين على هذا الشيوع الاجبارى
٣٠١	§ ٣ — في حقوق وواجبات المالكين على الشيوع الدائم
٣٠٣	ب — النوع الثانى : ملكية طبقات الدار
٣١٢	ج — النوع الثالث : ملكية الحائط المشتركة
٣١٣	(٢) حق السطح أو حق العمق
٣١٣	١ — بالقانون الفرنسى
٣١٥	٢ — حق السطح أو العمق بالقانون المصرى
٣١٥	(٣) في حق الانتفاع
٣١٥	١ — تمهيد
٣١٩	٢ — في تقرير حق الانتفاع
٣٢٠	٣ — في حق الانتفاع باعتبار محق ارتفاقاً واقعاً أميناً ومقارنة المنتفع بالمستأجر
٣٢٣	٤ — في تقسيم حق الانتفاع
٣٢٤	١ — في حق الانتفاع بالنسبة للأشياء المحببة به
٣٢٤	ب — في الانتفاع بأشياء قابلة للاستهلاك أو في شبه الانتفاع
٣٢٦	ج — في حق الانتفاع الخامس بالمثل التجارى أو محل صناعة
٣٢٩	٥ — في حق الانتفاع بالمواشى

٣٣١	و — في حق الانتفاع بالأشياء التي تنلف بالاستعمال . . .
٣٣١	ه — في المصادر المختلفة لحق الانتفاع . في الانتفاع الارادى والقانونى
٣٣٢	ا — في حقوق المنتفع
٣٣٤	ب — في حق الاستغلال وفي الثمر وأنواعها
٣٤٠	ج — في وسائل الاستغلال المباحة للمنتفع
٣٤٥	٦ — في استبدال الشيء المحل بحق الانتفاع بشئ مالى
٣٤٦	٧ — في حق الانتفاع الخاص بالاموال المنوبة
٣٥٠	٨ — في واجبات المنتفع
٣٥٠	ا — في واجبات المنتفع وقت البدء في الانتفاع
٣٥٥	ب — في واجبات المنتفع أثناء قيام حق الانتفاع
٣٥٦	§ ١ — في الالتزام بالمحافظة على الشيء وفي التأمينات
٣٥٧	§ ٢ — في التزام المنتفع بمصاريف المحافظة على الشيء
٣٦٠	§ ٣ — في التزام المنتفع بتحمل تكاليف الانتفاع
٣٦٣	ج — في الجزاء المترتب على مخالفة المنتفع لالتزاماته
٣٦٣	في سقوط حق الانتفاع عن المنتفع بسبب الارهاق في الاستغلال
٣٦٧	٩ ب — في التزامات المنتفع عند انقضاء حق الانتفاع
٣٦٩	١٠ — فيما يجزئ المنتفع من التحسينات
٣٧١	١١ — في انقضاء حق الانتفاع
٣٧٤	٤ (في حق الاستعمال والسكنى
٣٧٧	٥ (في الحقوق المشابهة لحق الانتفاع
٣٧٧	١ — الوقف
٣٧٧	ا — في أصل الوقف وكيانه ومرامه
٣٨٢	ب — الوقف من حيث القضاء الاهلى والمخطوط
٣٩٠	٢ — المكر
٣٩٢	٣ — الخلو
٣٩٣	٤ — عقد الاجارتين
٣٩٤	٦ (في تفسير المواد ٢٢/٧ و ٣٤/١٧ و ٧٧/٥٤ مدنى
٤٠٠	حقوق الارتفاق
٤٠٠	١ (في التمييز بين حق الارتفاق وحق الانتفاع
٤٠٣	٢ (حقوق الارتفاق من الوجهة الاقتصادية
٤٠٩	٣ (فيما يرمى اليه حقوق الارتفاق المبنية
٤١٠	١ — قيود حقوق الارتفاق
٤١٠	ا — التيد الاول : لاميزة لمقتار على عقار

- ص
- ب — القيد الثاني : النظام العام ٤١١
- ج — القيد الثالث : لا يقرر الارتفاق في مصلحة الشخص أو ضده ٤١٢
- § ١ — يجب أن يتقرر حق الارتفاق لمصلحة عقار ٤١٣
- § ٢ — يجب أن يتقرر حق الارتفاق على أرض لا على شخص ٤١٨
- ٤) في أنواع حقوق الارتفاق ٤٢١
- في حق الارتفاق المقرر بمرقة رب الأسرة ٤٢٤
- في اكتساب الحقوق العينية — ٤٣١
- في وسائل الاكتساب ٤٣١
- في الاستيلاء ٤٣١
- ١) الأحكام العامة للاستيلاء ٤٣١
- ٢) الاستيلاء البسيط ٤٣٣
- ٣) الصيد والقتل ٤٣٣
- ٤) في العثور على الأشياء ٤٣٤
- في التملك بحكم القانون ٤٣٩
- ١) في نظرية الانتصاق ٤٣٩
- ١ — في الانتصاق العقارى ٤٤٠
- ١ — في الانتصاق الصناعى العقارى ٤٤٠
- § ١ — الفرض الاول : حصول المفروسات والمباني بمرقة المالك
- للارض بأدوات أولية مملوكة لغيره ٤٤٢
- § ٢ — الفرض الثانى : فيها اذا كان فاضل الارض قد بنى أو
- غرس بماله هو ٤٤٤
- § ٣ — الفرض الثالث : أن يكون الباني أو النارس غير مالك
- للارض ولا لهبات ٤٥٩
- ب — في الانتصاق العقارى الطبيعى ٤٦٠
- § ١ — في الانتصاق العقارى الطبيعى الناشئ عن الجوارق قليل ٤٦٠
- § ٢ — في حق التملك لبعض الحيوانات بواسطة الانتصاق ٤٧٢
- ٢ — في انتصاق المنقول بالمنقول ٤٧٣
- في نظرية وضع اليد ٤٧٨
- ١) في الأحكام العامة لوضع اليد ٤٧٨
- ٢) في تعريف وضع اليد والآثار القانونية المترتبة عليه ٤٧٨
- ١ — في خصائص وضع اليد والعيوب التى تشوب وضع اليد ٤٨١
- ١ — الميب الاول : اليد المملوكة أو نظرية المجازة العرفية ٤٧٣

٤٨٣	١ — اليد العارضة وتحليلها العلوي ومقارنة الشرائع ، ومعالجة
٤٨٨	القضاء الفرسي لها
٤٩٣	٢ — متى تكون الحيازة العارضة ؟
٤٩٤	ب — العيب الثاني : عيب عدم الاستمرار
٤٦٩	ج — العيب الثالث : عيب الأكرام
٤٩٧	د — العيب الرابع : عيب الخفاء
٤٩٨	هـ — العيب الخامس : عيب الإبهام والتموض
٤٩٨	٢ — في التقادم المكسب أو التقادم المادي
٤٩٨	١ — في المسوغ الاجتماعي والقانوني للتقادم
٩٠٢	ب — شروط التملك بالتقادم
٥٠٢	١ — الشرط الاول : الوقائع المادية التي تدل على وضع اليد الملبد
٥٠٢	المبحث الاول : الوقائع المادية للملكة
٥٠٧	المبحث الثاني : الوقائع المادية غير الملكة أو الاعمال الناشئة
٥٠٧	عن التسامح والتجاوز
٥٠٧	(١) في طبيعة أعمال التسامح والتساهل
٥٠٩	(٢) في أثر حكم أعمال التسامح على ممتلك حقوق
٥١٧	الارتفاق بالتقادم
٥٢٢	٢ — الشرط الثاني : في زمن التقادم وحساب هذا الزمن
٥٣٤	٣ — الشرط الثالث : قطع التقادم
٥٤٤	٤ — الشرط الرابع : اختلاف التقادم
٥٤٦	ج — التقادم طريق موصل لملك لا وسيلة في اكتساب الملكية
٥٤٩	د — في التنازل عن التقادم
٥٥٠	هـ — في أنواع مدد التقادم
٥٥١	١ — في سقوط دعوى الميراث والوقف والتقادم
٥٥٢	المبحث الاول : التقادم في الشريعة الاسلامية
٥٥٣	المبحث الثاني : التقادم عند الحفاء
٥٥٣	المبحث الثالث : التقادم الشرعي في مصر من الوجهة التشريعية
٥٥٥	المبحث الرابع : التقادم الشرعي بمصر من الوجهة القضائية
٥٥٥	(١) القضاء المختلط
٥٥٦	(٢) القضاء الاهلي
٥٥٦	الحالة الاولى : حالة الوقف
٥٥٦	الحالة الثانية : حالة الميراث ومقارنة القضاء الاهلي
٥٥٨	والقضاء المختلط وآراء الفقه الاسلامي
٥٦٥	و — التقادم القصير بخمس سنوات أو التقادم الحصري

- ٥٦٦ § ١ — في السبب الصحيح
- ٥٧٧ § ٢ — في حسن النية
- ٥٧٨ ز — في الحقوق المالية التي تقبل التملك بالتقادم الجسدي
- ٥٨٠ ح — الضم في التقادم الجسدي العقاري
- ٥٨٢ ٣ — في تملك المنقول
- ٥٨٢ ١ — في قاعدة « حيازة المنقول سند الملكية »
- ٥٨٤ ب — في شروط قاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »
- ٥٨٨ ج — في اسباب قاعدة « حيازة المنقول سند تملك » وتأتبها
- ٥٩٠ د — في محل الاخذ بقاعدة « الحيازة سند الملكية في المنقول »
- ٥٩٣ و — في المصادر التاريخية لقاعدة « حيازة المنقول سند تملك »
- ٥٩٦ ز — في المسوغ القانوني لقاعدة حيازة المنقول سند تملك
- ٥٩٦ ح — المسوغ القانوني وشروط الاخذ بقاعدة « حيازة المنقول سند تملك »
- ٥٩٨ ط — في أثر قاعدة « حيازة المنقول سند تملك » بين واضع اليد والملك له
- ٦٠٠ ي — في قاعدة « حيازة المنقول سند تملك » وللضياح والسرقة
- ٦٠٩ في تملك واضع اليد حسن النية للثمار
- ٦١٤ (١) في مصدر قاعدة « تملك واضع اليد حسن النية للثمار » وفي اسبابها
- ٦٢١ (٢) في المسوغ القانوني لقاعدة « تملك واضع اليد حسن النية للثمار »
- ٦٢٦ في الهبة
- ٦٢٦ (١) كلمة عامة
- ٦٢٦ (٢) أركان الهبة
- ٦٢٧ (٣) شكل عقد الهبة
- ٦٣٥ (٤) آثار الهبة على العاقدين وعلى الغير
- ٦٣٩ في التملك بالارث
- ٦٤١ الوصية
- ٦٤٤ في الشفعة
- ٦٤٤ (١) في أصل الشفعة ومرامها وأثر الحركة الاقتصادية فيها
- ٦٥٠ (٢) لمحة في التشريع لشفعة
- ٦٥١ (٣) في تهديم موضوع الشفعة
- ٦٥١ (٤) في الشفع
- ٦٥١ ١ — في حق الشفعة لدى الشفع
- ٦٥٦ ٢ — في عقد الشفع

٦٥٨	٣ — في مسقطات حق الشفعة
٦٥٨	١ — سقوط الشفعة بالتنازل
٦٦٣	ب — سقوط الشفعة لعدم القيام بالاجراءات القانونية
٦٧٥	٤ — فيمن له حق الشفعة
٦٨٨	٥ — في تراحم الشفعاء
٦٨٩	١ — المتزاحون من طبقات مختلفة
٦٩٠	ب — المتزاحون من طبقة واحدة
٦٩٧	٥ () في الشفوع منه ^٤
٦٩٧	١ — في البائع
٦٩٩	٣ — في المشتري
٦٩٩	١ — المشتري والحيل
٦٩٩	ب — عقد المشتري
٦٩٩	ج — عقد البيع
٧١٨	د — العقود الاخرى غير عقد البيع
٧٢٤	٥ — في تعدد المشترين
٧٢٥	و — في حقوق المشترين على المقار المشفوع
٥٣٤	ز — المشتري بعد الحكم بالشفعة
٧٤٠	٦ () في المقار المشفوع فيه والشفوع به
٧٤٠	١ — في المقار المشفوع فيه
٧٤٧	٢ — في المقار المشفوع به
٧٤٩	٧ () في اجراءات الشفعة
٧٤٩	١ — اظهر الرغبة واحكامها
٧٤٩	١ — العلم بالشفعة
٧٥١	ب — كيفية حصول الرغبة في الاخذ بالشفعة
٧٥٣	ج — مشتتات اظهر الرغبة في الاخذ بالشفعة
٧٦٨	٢ — رفع دعوى الشفعة
٧٧١	حق الاسترداد في الشيوع
٧٧١	١ () تمهيد
٧٧٢	٢ () شروط الاسترداد في الشيوع
٧٧٨	٣ () اجراءات الاسترداد في الشيوع
٧٨٠	٤ () احكام الاسترداد في الشيوع
٧٨٣	٥ () تنازل الاسترداد في الشيوع مع حق للشفعة
٧٨٩	٦ () مقارنة الاسترداد في الشيوع بالشفعة

٧٩٤	من	التناقد وانتقال الملكية
٧٩٦		التراضى وانتقال الحقوق المبلية المقارية حتى ٣١ ديسمبر ١٩٢٣
٧٩٨	(١)	في تاريخ القاعدة المصرية في أن الملكية تنتقل بالمقتد
٨٠٢	(٢)	في القاعدة الحاضرة وشروطها وآثارها
٨٠٥	(٣)	في نقل الملكية بالنسبة للغير وفي مسائل الاشهار والملاينة
٨٠٧	(٤)	نقل الملكية في المنقول
٨١٢	(٥)	في نقل الملكية والحقوق المبلية المقارية . لمحة تاريخية
٨٢٠	(٦)	الملاينة والاشهار قبل أول يناير ١٩٢٤
٨٢٠	١ —	العقود والاحكام الحاضرة لاجراءات الملاينة
٨٢٠	١ —	الفرع الاول . في العقود بوض بين الاحياء والناقة للملكية
٨٢٠		أو المنشئة لحقوق عينية عقارية
٨٢١	§ ١ —	الحقوق المبلية المقارية
٨٢٧	§ ٢ —	العقود بين الاحياء الناقلة أو المنشئة
٨٣٣	ب —	الفرع الثاني : التبرعات
٨٣٤	ج —	الفرع الثالث : بفض عقود الايجار وبفض الايصالات
٨٣٦	د —	الفرع الرابع : الاحكام المنفية لمقتد نقل الملكية
٨٣٦	٢ ..	في قاعدة حصر الاوراق الخاصة للتسجيل
٨٣٧	٣ —	في كيفية حصول الاشهار والملاينة
٨٣٨	٤ —	في الجزاء المترتب على عدم الاشهار والملاينة
٨٣٨	١ —	جزاء عدم التسجيل
٨٣٩	ب —	شرط الاستفادة من عدم التسجيل
٨٤٥	٥ —	احكام تكميلية
٨٤٦	٦ —	في نقد نظرية التسجيل
٨٤٨	٧ —	في بعض المناهج الاجنبية في نقل الملكية
٨٥٥		التناقد وتقرير الحقوق المبلية المقارية من أول يناير ١٩٢٤
٨٥٥	(١)	التمهيدات التحضيرية والتشريعية لقانون ٢٦ يونيو ١٩٢٣
٨٥٧	١ —	المشروع الاول : مشروع توحيد التسجيل
٨٦٤	٢ —	المشروع الثاني : مشروع العقائر المقارية
٨٦٦	١ —	في نظام السجلات المقارية
٨٦٧	§ ١ —	الفرض الاول : من العقائر المقارية تأكيد الاشهار والملاينة
	§ ٢ —	الفرض الثاني : من العقائر المقارية تقرير قوة الاثبات
٨٧١		الكلمة للسجلات
٨٧٥	٣ —	في بعض الاستثناءات القاعدة

- ص
- ٨٧٧ § ٤ — في نظرية التناقد بنظام السجلات العقارية
- ٨٧٩ § ٥ — الاخذ بالسجلات العقارية في حالة الرهن الرسمي
- ٨٨٣ § ٦ — في نقد نظام العقائر العقارية
- ٨٨٥ (٢) في قانون ٢٦ يونيو ١٩٢٣
- ٨٨٥ تمهيدات أولية
- ٨٨٥ ١ — الفرض من هذا القانون
- ٨٨٦ ٢ — البدء في سريان القانون والمقود والاحكام التي يسرى عليها
- ٨٨٧ ٣ — التفويض التشريعي لوزارة الحفانية
- ٨٨٨ (٣) في احكام قانون ٢٦ يونيو ١٩٢٣
- ٨٨٩ ١ — في مبدأ اجل التسجيل شرطاً اساسياً لقل الحقوق العينية للمقاربة
- ٨٩٠ ٢ — في حجة التعاقد عرفياً
- ٨٩١ ٣ — التعاقد ملزم للطرفين
- ٨٩١ ٤ — لا تنتقل الملكية بمجرد التعاقد
- ٨٩١ ٥ — في التسجيل والامتناع الشككية
- ٨٩١ ٦ — حسن النية والتسجيل
- ٨٩٢ ٧ — جواز الحصول على حكم لتسجيله
- ٨٩٦ ٨ — الملاك بعد قانون ٢٦ يونيو ١٩٢٣
- ٩٠١ ٩ — اسباب شرعية التسجيل بقانون ٢٦ يونيو ١٩٢٣
- ٩٠٢ ١٠ — في المقود والاحكام الحاضنة لتسجيل
- ٩٠٤ ١ — الطائفة الاولى : المقود والاحكام المنشئة لحقوق
- ٩٠٦ § ١ — النوع الاول : في المقود بموضع بين الاحياء والنافة للملكية أو المقررة لحقوق عينية عقارية
- ٩٠٦ أولاً — الحقوق العينية العقارية
- ٩٠٨ ثانياً — المقود بين الاحياء النافة أو المنشئة
- ٩١١ § ٢ — النوع الثاني : التبرعات
- ٩١٢ § ٣ — النوع الثالث : بعض عقود الایجار وبعض الايصالات
- ٩١٣ § ٤ — النوع الرابع : الاحكام المالية لمقتضى نقل الملكية
- ٩١٢ § ٥ — في قاعدة حصر الاوراق الحاضنة لتسجيل
- ٩١٣ ب — الطائفة الثانية : المقود والاحكام المؤبدة لحقوق ، وبعض عقود الایجار والمعاملات بالایجار
- ٩١٤ ٣ — في الجزاء المترتب على عدم التسجيل
- ٩١٧ ٤ — في نظرية الاثر الرجعي لتسجيل

١٢٠	٢	في الشروط الشكلية للمقود الخاصة بالتسجيل
١٢٠	١	البيانات الشكلية
١٢٣	٢	في التصديق على الامضاء أو الختم
١٢٤	٣	في التأشير وتسجيل الدعوى
١٢٤	١	التأشير والدعوى
٢٢٤	١	أحكام القانون القديم
١٢٦	٢	القانون الجديد والمسائل الست السابقة
١٤٢	٣	اجراءات التأشير وتسجيل الدعوى
١٤٥	٤	في آثار التأشير بالحكم
	٥	التأشير أو التسجيل لمرافض الدعوى عن طريق الكيد والتشفي
١٤٥	ب	اسقاط الدين المضمون عقارياً ونحوه
١٥٥	٣	في نظام دقائر التسجيل
١٥٦	١	في مسك دقائر التسجيل والقيد
١٥٦	١	مسك دقائر التسجيل والقيد طبقاً للقانون القديم
١٥٦	١	في مسك الدقائر
١٥٩	٢	في اجراءات التسجيل والقيد
١٦٢	٣	في اشهار دقائر التسجيل واعلاها
١٦٣	ب	في مسك الدقائر والقيد طبقاً للقانون الجديد
١٦٣	١	في الدقائر
١٦٥	٢	في المأموريات واختصاصها
١٦٧	٣	في النزاع بين طالب التسجيل وكاتب التسجيل
١٦٧		في انتفاء الحقوق العينية
١٦٧		في انتفاء الملكية والحقوق العينية
١٧٤		في الاسباب الخاصة بزوال حق الانتفاع وحقوق الارتفاق
١٧٤		في حق الانتفاع
١٧٤		في وجود الحقين لدى شخص واحد
١٧٨		في الزوال بسبب عدم الاستعمال مدة التقدم
١٨٠		المضي المقصود من عدم استعمال حق الارتفاق
١٨٤		التقادم وعدم الاستعمال . في حق الانتفاع وحق الارتفاق وبأى التقادمين يؤخذ ؟
١٨٥		عدم الاستعمال وحق الملكية

س

- ٩٨٧ في الضمانات القضائية المقررة لحماية الحقوق العينية
- ٩٨٨ في الدعاوى العينية
- ٩٨٨ (١) في دعاوى وضع اليد ودعاوى الملكية المنقول منها والمقارن
- ٩٨٩ (٢) في دعاوى وضع اليد وما يرجع منها إلى محل الاختلاف
- ٩٩١ (٣) في الحقوق العقارية المحمية بدعوى وضع اليد
- ٩٩٦ (٤) أنواع دعاوى وضع اليد
- ١٠٠٢ في اثبات الملكية بوجه خاص والحقوق العينية بوجه عام
- ١٠٠٢ (١) كلمات عامة
- ١٠٠٤ (٢) في اثبات ملكية المنقول
- ١٠٠٥ (٣) في اثبات الملكية العقارية
- ١٠٠٧ (٤) في نقل الملكية من الوجهة الترابجية — في نقل الملكية الرومانية
- ١٠١١ (٥) القضاء الحاضر: في دعوى تثبيت الملكية
- ١٠١٦ (٦) في الموضع العلمى لنظرية القضاء
- ١٠١٩ (٧) في مذنب القضاء والقواعد العامة المقررة في الاثبات
- ١٠٢٣ (٨) في اثبات الملكية المصرية من الوجهة العملية

انتهى الفهرس

جدول الصواب والخطأ

يحسن بالقارئ أن يسارع الى تصحيح الأغلط قبل البدء في مطالعة الكتاب

ص	سطر	الخطأ	الصواب	ص	سطر	الخطأ	الصواب
٨	١٩	التاسع والعاشر	التاسع عشر	٣٧٣	٩	انما يكون	انما لا يكون
١٧	١٠	وجزاء منه	وصارت جزءا منه	٣٧٣	١١	المادة ٥٣ مخطط	المادة ٣٥ مخطط
١٨	٢	المادة ٢٥٤	المادة ٥٢٤	٣٨٧	١٣	النسب الاول	النسب الثاني
٢٦	حاشية ٩	industriel	industriel	٤٢٧	١١	المسترة	المسترة
٣٤	٨	١٥ / ٨	١٥ / ١	٤٢٩	٥	بدل القول	تغير الحال
٥٢	٨	الحكومة	للحكومة	٤٤٥	١٠	المهمات	الاقاض
٦٣	٦	توجبها	توجبها	٤٦٠	٢	بعد عبارة حسن النية	يضاف (أو سوء النية)
٦٤	١	حق	حق	٤٧٣	١٦	شخص واحد	شخصين
٦٥	٢ في	الاملاك الخاصة	الاملاك العامة	٥٠٥	١٤	تقدأ	تزول
٧١	حاشية ٦	للعين	للتغير	٥٣٢	٤	قاطع	مانع
١١٠	٤	بنا	يفي	٥٤١	٧	مونوري	موريندو
١١٩	٣	بعد	يعدم	٥٧٠	١١	مظهر الحق لا مثبت له	مثبت الحق لا مظهر له
١٢٤	١٣	التي يدفع	التي لم يدفع	٥٧٣	١٨	الا	(تختلف هذه الكلمة)
١٢٤	٢٢	الرقيمة	الرققة	٥٧٣	١	دعوى الواهب	دعوى الموهوب اليه
١٢٧	١١	على المالك معطل	على المقار معطل	٦١٥	٤	صادر من مالك	(تختلف هذه الجملة)
١٢٨	١٣	حق الملك	حق المجلس	٦١٧	٦١	لتمت	لمدت
١٤٣	١٦	اعتدائه لصاحب	اعتدائه ضرر بصاحب	٦١٨	١٥	النتائج النية	النتائج الآتية
١٤٥	٤	٢٤	٣٤	٦٣٧	٢	الموهوب	الواهب
١٥٠	٥	المرسل اليه	المرسل	٦٥١	١٢	للتفوع	للتفوع منه
١٥٥	١٠	المرسل	المرسل اليه	٦٥٤	١٣	مقسوما	مشاعا
١٥٧	١٠	المرسل	المرسل اليه	٦٥٥	١٤	الموروث	المورث
١٧٢	١٦	الزقازيق	زققي	٦٥٧	١٥	المشتري	الشفيع
١٧٥	١٢	مباهم	مياهم	٦٦٣	١٣	لكافة القار	لكافة الشفعاء
١٧٧	١٥	بحار	بحر	٦٦٤	١٥	الرجوع مع	الرجوع على
١٧٧	بالحاشية	بواسطة استعمال	بغير استعمال	٧٠٥	٦	المشتري من المشتري	المشتري من البائع
١٨٢	٧	٤٤	٥٤	٧٠٨	١٦	يطعن في التمة	يطعن في المقد
١٨٢	١٢	مياه	مياهم	٧٥٥	٨	الشفيع	المشتري
١٨٤	٣	٢٤	٣٢	٧٦٣	٥	يطارض	يرض
٢٠٥	٥	٢٥ سنة	١٥ سنة	٧٦٥	١١	البراء من جهة	البيع من جهة البائع
٢٣٠	٢	٢٠	٤٠	٧٩٠	٩	متسنة	متسنة
٢٣٥	٤	بسبب	باعت	٨٣٩	١٨	ثلاث سنوات	ثلاث سنوات والايجاز
٢٤٨	١	الناظر يراضي الخلوقة	بالتاظر الخلوقة				في حالة الرهن
٢٦١	٤	شرط التصرف	شرط عدم التصرف				الحيازي العقارى
٢٨٣	١	على من يكون	على طلب من يكون له	٩٠٤	١٩	الحقوق	العقود
٢٨٩	١٦	١٠٢	٢٠١	٩٠٥	٧	التقود	العقود
٣٠٥	٤	لنو سقوط الطلو	لنح سقوط الطلو	٩٣٧	١٦	على المورث	مع المورث
			المملوك تثيره	٩٤٧	١	الالب	الايجاب (المادة ٤٠٨)
٣١٤	٢	العمل	العمق				٤٦٩ مراعات)
٣٢٠	١٠	الموصى	الموصى اليه	٩٦٨	٥	مستلم	مسام
٣٤٢	١٣	يلتزم	يزول	٩٦٩	٧	الشفيع	الشفيع
٣٤٢	١٤	يزول	يلتزم				



Bibliotheca Alexandrina



0245823